محمد علي التوحيدي

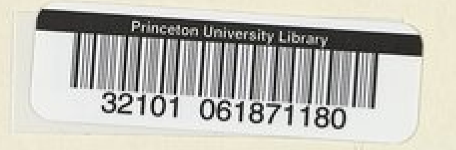
مصباح الفقاهة
في المعاملات

من تقرير بحث أستاذنا الأعظم آية ... العظمى

السيد ابو القاسم الخوئي

دام ظله العالي

الجزء السادس


Princeton University Library
32101 061871180

محمد علي التوحيدي



من تقرير بحث الاستاذ الأكبر آية . . . العظمى

السيد ابو القاسم الخوئي

دامت إفاضاته

الجزء السادس

المطبعة الحيدرية . النجف

١٣٧٨ هـ - ١٩٥٩ م

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على اشرف الانبياء والمرسلين محمد وعترته الطاهرين
واللعنة الدائمة على اعدائهم اجمعين الى يوم الدين وبعد فمن منن المولى جل شأنه علي ان وفق
رجالاً من العلماء والافاضل يهتمون بحفظ ما القى اليهم في محاضراتي تقريراً وتحريراً حرصاً منهم عليها وتحفظاً تامة
على المعارف والعلوم الدينية وممن في طليعة هؤلاء جناب الفاضل المهذب الصفي والعلامة
المحقق الزكي ركن الاسلام قرة عيني العزيز الميرزا محمد علي التبريزي فانه دام فضله السامي
قد اتعب نفسه مدة طويلة وسهر الليالي في تحرير ابحاثي وتنقيحها في الفنون المتنوعة من الفقه
والتفسير والاصول حتى بلغ بفضل الله وحسن توفيقه الدرجة العليا من العلم والعمل واصبح
من العلماء العظام والاجلة الاعلام ولقد سرحت بصري فيما علقه على كتاب المكاسب
لشيخ مشايخنا العظام استاذ الفقهاء والمجتهدين المؤسس المجدد آية الله العظمى الشيخ
مرتضى الانصاري قدس الله تعالى اسراره فاعجبني غوره في التحقيق والتدقيق وسعة
اطلاعه على مصادر الروايات ومواردها وما كتبه دام فضله وتأييده واف بما بحثنا
وكاف بتوضيح ما حققناه فليحمد الله وليشكره على ما انعم به عليه والله يختص برحمته
من يشاء انه واسع عليم والحمد لله اولاً وآخراً   ابو القاسم الموسوي الخوئي

في ١٣ شهر رجب المرجب ١٣٧٣

نام کتاب : مصباح الفقاهة

نويسنده : محمد على توحيدى

ناشر : انتشارات حاجيانى

نوبت چاپ : اوّل

تاريخ نشر : زمستان ١٣٦٦

قطع : وزيرى

چاپ : چاپخانهٔ امير

تيراژ : ٢٠٠٠

قيمت : ٩٠٠ ريال





الحمد لله رب العالمين و الصلوة و السّلام على محمّد وآله الطاهرين ولعنة الله على اعدائهم أجمعين ٠

و بعد فيقع الكلام فى الخيارات و احكامها ٠

قوله الخيار لغة اسم مصدر من الاختيار ٠

أقول : الاختيار مصدر و الاسم منه الخيار و معنى الاختيار لغة هو طلب الخير من أى شئ فيصحّ تعلّقه بالامور التكوينية و الاعتبارية نظير الكسب و الاكتساب و ح يكون وصفاً لنفس الافعال الخارجية و الامور الاعتبارية حسب اختلاف متعلقه من الافعال والاعيان والاعتباريات و يقال اختار احدهما لمصاحبته أى طلبه خيرا لنفسه و اختار بيع امواله اى جعله خيراً لشخصه فالاختيار صفة لنفس ما أخذه خيراً وعنوان له من دون أن يكون من الاوصاف النفسانية المعبّر عنه بالارادة تارة و بالاختيار أخرى و لا من الافعال الخارجية و الاختيار كالانتفاع و الاصطفاء و الانتقاء و منه ايضاً استخارة المنزل ٠

و الظاهر أنه بهذا المعنى اللغوى استعمل فى الخيارات المختصة بالمعاملات من خيارى المجلس و الحيوان وغيرهما فان من

له الخيار يتّخذ ما يختاره من الامضاء أو الفسخ خيراً لنفسه وطلب كونه خيراً له واتصف كل منهما بالاختيار واصبح خيراً على سبيل البدلية و معنى البيّعان بالخيار أى لكل منهما أن يأخذ ما يختاره خيراً لنفسه وليس المراد من الخيار هنا هو القدرة على الفسخ التى من الاوصاف النفسانية ولا السلطنة والمالكية على الفسخ ولا غيرهما من المعانى الّتى ذكروها فى المقام ٠

نعم تستفاد السلطنة والمالكية من موارد أخذ الخير لنفسه و اتخاذه لشخصه مثلا اذا قيل له الخيار فتدل اللام على الاختصاص و الملكية ، وكك أن القدرة ليست من معنى الخيار فى شئ وانما هى من مقدمات اتخاذ الخير فان من ليست له هذه القدرة لا يتمكّن من جعل شئ خيراً لنفسه ٠

وعلى هذا فلا نحتاج فى استعمال كلمة الخيار فى الخيارات المصطلحة فى ابواب المعاملات الى عناية زائدة غير ملاحظة المعنى اللغوى الّا أن يكون هنا اصطلاح خاص فلا مشاحة فيه وبهذا اللحاظ أيضاً استعمل فى مقابل الالتجاء والاضطرار فان المضطرّ لا يتمكّن من الاستخارة لنفسه واتخاذ الخير لشخصه كالاعرج والأشل والاصم فانهم لا يقدرون أن يتخذوا المشئ أو الحركات الصادرة من اليد أو الكلام خيراً لانفسهم ، فجعل الاختيار بمعنى القدرة فى مقابل الاختيار انما هو بحسب الاصطلاح فقط والا فهو خارج عن القدرة كما عرفت و الا فنفس الاختيار يقع فى مقابل الاضطرار ويعدّ قسيما له ٠

ثمّ ان موارد استعملات كلمة الخيار وما اشتق منها وان كانت كلها بحسب لحاظ المعنى اللغوى ولكن الذى فى ابواب المعاملات

تمتاز بخصوصية ليست فى غيرها من موارد الاستعملات بداهة أنه فرق واضح بين الاختيار المتعلق بالأكل و الشرب و النوم و بين تعلقه بالفسخ و الامضاء فان المراد بالاوّل هو جعل الفعل الخارجى او العين الخارجية خيراً لنفسه من غير أن يكون فى البين ما يتصل بالمختار بصيغة الفاعل بخلاف ما اذا تعلق بالعقود باعتبار الفسخ و عدمه فان معناه أن هنا شئ ثابت قابل لان يتعلق به الفسخ أو الابقاء فى حاله و الاستمرار عليه ، و نظير ذلك ما قلناه فى ادلة الاستصحاب من أن مفهوم النقض انما يتحقق اذا كان هناك أمر مبرم و الا فلا يقال للحجر أنه نقض الحجر فبهذه الخصوصية ينهاض الخيار المتعلقة بالعقود عن غيره من موارد استعمالاته ، و أيضا خرج بهذه الخصوصية الخيار الثابت للعمة و الخالة فى العقد على بنت الاخت و بنت الاخ فانه لم يثبت فيها شئ للعمة والخالة حتى ترفعه العمة اوالخالة بالفسخ بل هى تدفع ما يتصل اليها بالرضا وكك الحال فى العقود الفضولية فى البيع وغيره و لكن بقيت العقود الجائزة بحسب الطبع واردة عليه أيضاً فان فيها أيضاً شئ ثابت لذى الخيار له الفسخ و له الابقاء .

الّا أن فى الخيارات المصطلحة خصوصية ليست موجودة فى العقود الجائزة بحسب الطبع فهى أن ذى الخيار فى موارد الخيارات المصطلحة انما ملك الفسخ و الامضاء اى له اتخاذ الفسخ خيراً لنفسه و له ابقاء العقد على حاله أو امضائه و ايضا فله مالكيةٌ على اصل الاختيار و الخيار بحيث له السلطنة على اعدام اختياره و رفع موضوعه بحيث لا يبقى هنا موضوع للفسخ و الامضاء و لاعمال الخيار بان يسقط سلطنته على اتخاذ كلّ من طرفى الاختيار خيراً لنفسه .

و بعبارة اخرى أن لذى الخيار فى موارد الخيارات المصطلحة سلطنتان احديهما السلطنة المتعلقة باعمال الخيار أى اتخاذ الفسخ أو الابقاء خيراً لنفسه و ثانيتهما السلطنة على اعدام السلطنة على اعمال الخيار و اتخاذ شئ منهما خيراً لنفسه فانها من الحقوق فهى قابلة للاسقاط .

و هذا بخلاف العقود الجائزة فان فيها لكل من المتعاملين فسخ العقد أو ابقائه على حاله و لكن ليس لهما السلطنة على اعدام سلطنتهما على الفسخ أو الابقاء فان الجواز فيها من الاحكام فهى غير قابلة للاسقاط ولو أسقطه المتعاملان ألف مرة وقد عرفت أن الجواز و التزلزل فى موارد الخيارات المصطلحة من الحقوق فهى قابلة للاسقاط ، و بهذه الخصوصية لا يدخل شئ من غير الخيارات المصطلحة فى حدودها كما لا يخفى و أيضاً صح القول بأن الخيارات المصطلحة هو اتخاذ الفسخ أو الامضاء خيراً لنفسه فى العقود اللازمة بالطبع كالبيع و الاجارة و النكاح وغيرها .

و الحاصل أن المراد من الخيار هو المعنى اللغوى فى جميع موارد الاستعمالات حتى فى باب العقود و هو اتخاذ الخير لنفسه و الانتقاء و الاصطفاء كما صرّح بذلك فى اللغة و ليس بمعنى الملك فى المقام بل انما يستفاد الملكية من موارد الاستعمال بحسب اقتران مادة الخيار بكلمة اللام أو ذو أو صاحب أو الباء أو بالهيئة المفيدة لهذا المعنى كهيئة المختار كما سنشير اليه ...

وعليه فيكون الاختيار و الخيار فى مقابل الاضطرار و الالتجاء بحسب الحقيقة فى جميع الموارد فان المضطر لا يقدر على اتخاذ الخير

لنفسه فيما اضطر اليه .

ثم لايبعد أن يكون المراد من كون المكلف مختاراً فى الفعل أو الترك فى مقابل التكاليف الالزامية الملجأ الى الفعل شرعاً هو هذا المعنى أيضا غاية الامر أن الاختيار و الالجاء هنا شرعى و ماذكرناه فيما سبق تكوينى و من هنا يتضح ان اطلاق المختار على الفاعل المختار على هذا المنهج أيضاً و من هنا ظهر أن استعمال المتكلّمين الخيار فى مقابل الاضطرار ليس اصطلاحاً آخر كما ذهب اليه شيخنا المحقق بل باعتبار المعنى اللغوى كما عرفت ...

ثمّ ان المشتقّات قد أستعمل فى الاتّصالات الفعلى كما هو الغالب و قد تستعمل فى الشأنيّة و الاقتضاء و هذا ايضاً كثير فى نفسه كما يتضح ذلك لمن سير و استقرأ موارد استعمالها و منه يقال سمّ قاتل و سيف سبّار و أدوية مسهلة و أشربة مبردة و أغذية مسخنة أو قابضة فان اتصاف الذات بالمبدء فى أشباه هذه الموارد ليس فعليّاً و انّما هو بحسب الشأنية و الاقتضاء ...

و من هنا يمكن توجيه كلمات القائلين بان الخيار بمعنى القدرة على الفسخ بدعوى المختار بصيغة الفاعل له فسخ العقد مع ثبوت الخيار له و له ابقائه على حاله و له اسقاط أصل سلطنته أيضاً فتكون القدرة و السلطنة على الفسخ و الابقاء مستفادة من هيئة المختار .

اذا كان اتصاف الذات فيه بالمبدء بحسب الشأن و الاقتضاء فان فى موارد ثبوت الخيار فصاحب الخيار مختار فى امر العقد من حيث الفسخ و الابقاء شأنا بان يأخذ الفسخ خيراً لنفسه أو الابقاء فان له الانتقاء و الاصطفاء فى ذلك و الهيئة المستفادة من الهيئة عبارة

أخرى عن القدرة بل الامركك فى جميع الموارد التى يتمكن الانسان من ايجاد فعل بحسب طول الزّمان فانه يقال أنه مختار فى ذلك اى له القدرة على أن يأخذ هذا الفعل خيراً لنفسه أو يتركه و يأخذ تركه خيراً لنفسه فلايكون تعريف الخيار بأنه القدرة على فسخ العقد و ابقائه منافياً لما ذكرناه ٠

ثم انّك قد عرفت أن الخيار فى اللغة هو اتّخاذ الخير والاصطفاء والانتقاء و بهذا اللحاظ قد استعمل فى جميع الموارد غاية الامرأنه تختلف متعلّقاته فانّه قد يتعلّق بالاكل و قد يتعلّق بالشّرب و قد يتعلّق بالاعيان الخارجية كاختيار الدار و الرفيق و المركوب و قد يتعلّق بالامور الاعتبارية وقد يتعلّق بفسخ العقد و ابقائه وقد يتعلّق برفع سلطنة على الفسخ و يسقط خيارة ، وعليه فلاخصوصية لمادة الخيار فى شئ من موارد الاستعمال ٠

ولكن المراد من الخيار المصطلحة هواختيار فسخ العقد أو ابقائه أو اختيار اقرار العقد فخرج بتعلّقه بالفسخ جميع ما يتعلّق بغيرالعقود من الافعال والاعيان الخارجية وكك خرج به عقد بنت الاخ و بنت الاخت على العمة و الخالة وكك جميع العقود الفضولية فان فى جميع تلك الموارد لم ينتسب الى المختار شئ حتى يتعلّق به الفسخ و يكون الفسخ فيه متعلقا للخيار اما فى غير العقود المذكورة فواضح فان الخيار فيه ليس الا اختيار احد الامرين الذين هما طرفا الخيار من الأكل و تركه و الشرب و تركه و هكذا و أما فى العقود المذكوره فلانّه و ان ثبت هنا شئ ولكنه لم ينتسب الى العمة و الخالة والى المالك بل مع الاجازة و الامضاء ينتسب العقد اليهم ولكن و اذا اختاروا الردّ

یرفعون ما ثبت بانشاء الغیر لا أنهم یفسخونه فانه لیس هنا عقد حتی یتعلّق به الفسخ بل ثبت لهم بعد الانتساب الیهم و الفرض انه لم ینتسب الیهم بعد فبالردّ یرتفع ولا یبقی شئ حتی یفسخ ·

وخرج بکون ذی الخیار مختاراً فی اقرار العقد و تثبیته العقود الجائزة بحسب الطبع و توضیح ذلک أن ذا الخیار فی موارد الخیارات المصطلحة کما له اختیار فسخ العقد و ابقائه علی حاله وکذلک له ازالة مالکیته علی اختیار الفسخ و الابقاء وعلی الانتقاء و الاصطفاء بان یقر العقد باسقاط الخیار و بجعله لازما وغیر قابل الفسخ ففی الحقیقة له خیاران أحدهما یتعلّق بالفسخ و الابقاء و الاخر یتعلّق بالسلطنة علی الفسخ و الابقاء بخلاف العقود الجائزة فان فیها خیار واحد لکل من له الخیار و لیس له خیار آخر یتعلق باصل السلطنة علی اختیار الفسخ أو الابقاء ولو اسقطه الف مرة لم یسقط کما تقدم فانه من الاحکام فهی غیر قابلة للاسقاط ·

و من هنا ظهر أن ما ذهب الیه بعضهم من أن الخیار المصطلحة ملک اقرار العقد و ازالته هو الصحیح فان المراد من اقرار العقد هو اسقاط الخیار وجعل العقد لازماً وغیر قابل للانفساخ من ناحیة الخیار و هو ما ذکرناه من تعلّق الخیار بازالة السلطنة علی الفسخ و الابقاء ، و المراد من ازالته هو ازالة العقد بالفسخ و اعدامه نعم التعبیر بملک فسخ العقد مسامحة فان الخیار کما عرفت لیس ملک فسخ العقد وانما الملکیّة مستفادة من اللام وکلمة الصاحب و الذو أو من الهیئة کما عرفت فان هیئة کلمة المختار تدل علی ذلک لما عرفت أن المشتق انما هو باعتبار الشأنیة ولاقتضاء وأن ذی الخیار بما أن له مقتضی

للفسخ وقادرعليه بان يأخذه خيراً لنفسه وله شأنية الاختيار و الانتقاء فينتزع من ذلك عنوان المالكية كما لايخفى .

وقد اشكل المصنف على هذا التعريف بوجهين الاول أنه ان أريد من اقرار العقد ابقائه على حالته الاولية بترك الفسخ فذكره مستدرك لانّ القدرة على الفسخ عين القدرة على الترك فانها لاتتعلق باحد الطّرفين فقط والا فلاتكون قدرة .

وفيه أنه ظهرجوابه ممّا تقدّم فان المراد من ملك اقرارالعقد ليس هو تركه على حاله وعدم فسخه مع جواز ان يفسخه كيف مايشاء بل المراد منه هو اقرار العقد واثباته وجعله لازما بحيث لايقبل الفسخ بالخيار فهو اشارة الى احد الاختيارين الذين تقدمت الاشارة اليهما وقوله وازالته فالمراد منه ازالة العقد بالفسخ فهو اشارة الى الاختيار الثانى .

وعلى الاجمال أن الخيارات المصطلحة منحلّة الى خيارين و مركب منهما أحدهما ما يكون متعلقاً بالفسخ والآخر ما يتعلق باصل اعدام الخيار اى اتخاذ اعدامه الذى عبارة اخرى عن اقرار العقد خيراً لنفسه (ما شئت فعبّر) فكل واحد من خيار الحيوان والمجلس و العيب والشرط وغيرها مركب من خيارين المذكورين فقد أشير اليهما فى التعريف المذكور فذى الخيار مختار فيهما نعم أخذ الملكية فى التعريف ليس من جهة اعتباره فى مفهوم الخيار و تعريفه بل هى مستفادة من الهيئة أو من كلمة اخرى كما عرفت .

الثانى ان أريد منه الزام العقد وجعله غير قابل لان يفسخ ففيه أن مرجعه الى اسقاط حق الخيار فلايؤخذ فى تعريف نفس

الخيار لكونه مستلزماً للدور فانه ح يكون مفاد التعريف أن الخيار هو ملك الزام العقد باسقاط الخيار فهذا أخذ بالخيار فى تعريف نفسه فهو دورى .

وفيه قد ظهر جوابه مما مر وتوضيح الاندفاع أن الخيار وأن أخذ فى التعريف ولكن المأخوذ فيه ليس نفس المعرف بل هو غيره اعنى الخيار الثانى لما عرفت من كون الخيار المصطلح مركبا من خيارين فقول القائل الخيار ملك اقرار العقد اى الخيار المتعلق باعدام السلطنة على الفسخ هو اقرار العقد اسقاط فالمراد من الخيار الساقط هو المتعلق بالفسخ فالمعرِّف غير المعرَّف فلايلزم الدور وبقوله وازالته اشار الى الخيار الثانى .

ثم اورد المصنف نقضاً على التعريف المذكور بأنه ينتقض بالخيار المشترك فان لكل منهما الزامه من طرفه لامطلقا فلايكون العقد لازما باسقاط أحد الشركاء خيارهم .

وفيه أنه أيضا ظهر جوابه مما تقدّم فان المراد من الاقرار هو اقرار العقد من قبله لامن قبل غيره ولايقاس ذلك بالفسخ فان فيه خصوصيّة لايعقل بها أن يفسخ احد المتعاملين دون الاخر فانه بالفسخ ينتقل مال كل شخص الى ملكه ولامعنى لان يفسخ العقد من طرف واحد فقط دون الاخر ولكن الاقرار والاثبات ليس كذلك فانه قابل لان يكون العقد لازماً من طرف وجائزاً من طرف آخر و اذا كان ممكنا ثبوتا فلانحتاج فى مقام الاثبات الى شئ آخر غير ما يصدر من الشركاء فى الخيار حيث أن احدهم يسقط خياره والآخر لا يسقطه .

وما نحن فيه نظير رفع الحجر الثقيل بعشرة رجال حيث ان ترك الرفع يستند الى ترك واحد منهم ولكن رفعه مستند الى جميعهم ففى المقام أيضا رفع العقد يحصل بفسخ واحد ولكن الاقرار التام يحصل بالمجموع ومع ذلك فكل واحد يجعله من قبله لازما وان شئت فمثل بترك كل واحد من عشرة رجال قتل شخص فانه يصدق ح ان كل واحد منهم ترك قتله من قبله وقد مثل الاستاذ بهذا المثال دون الاوّل .

وعلى الاجمال فالاحسن أن يقال فى تعريف مطلق الخيار هو ما يرجح به أحد طرفى الممكن على الآخر سواء كان هناك مرجح آخر أم لم يكن ويكون فى مقابل الاضطرار فان الفاعل المضطر مجبور الى اختيار أحد طرفى الممكن الذى اضطر اليه ولا يبقى معه اختيار فى الترك والانتقاء والاصطفاء وبهذا المعنى الواحد يستعمل فى جميع الموارد وان كان هنا اختلاف فانما هو من ناحية المتعلّق و بيان ذلك أن الخيار قد يتعلّق بالافعال الخارجية كالاكل والشرب وغيرهما فيختار الفاعل اما الترك او الفعل فيرجح باختياره احد الطرفين على الطرف الآخر .

وقد يتعلّق بالاعيان الخارجية فيرجح المختار أحد الشيئين أو الاشياء على الاخر فيأخذه خيراً لنفسه .

وقد يتعلّق بدفع العقود عن الانتساب الى نفسه و ردّه عن الاتصال اليه من غير ان ينضم اليه قبل ذلك شئ وهذا كاختيار المالك ردّ عقد الفضولى واختيار العمة والخالة عقد بنت الاخ وبنت الاخت .

وقد يتعلّق بفسخ العقد وابقائه وهوعلى قسمين فانه تارة يجتمع مع الخيار الآخر المتعلّق باقرار العقد وعدمه وأخرى لا يجتمع معه بل لا يمكن ان يقترنه لحكم الشارع بعدم لزوم العقد الى الأبد٠

والثانى هو الخيار فى العقود الجائزة التى كانت جائزة بحسب الطبع والاول هو المراد من الخيارات المصطلحة فان فى موارد ها قد ثبت لذى الخيار خياران أحدهما ملك فسخ العقد و ابقائه على حاله والثانى ملك اقرار العقد باسقاط الخيار وعدم اقراره فيسمّى مجمع هذين الخيارين خيارا اصطلاحيّا ولهذا لا تسمى العقود الجائزة عقوداً خيارية مع تحقق الخيار فيه أيضاً ولكنه ليس مركباً من خيارين

نعم التعبير بالملك ليس من جهة أخذ الملك فى مفهوم الخيار ولعل النكات فى تعبير ملك فسخ العقد فى تعريف الخيار هو ان معنى الخيار هنا هو ترجح أحد الطرفين من الفسخ أوعدمه و ترجيح احد طرفين ازالة العقد و ابقائه لما عرفت أن الخيار المصطلح مجمع الخيارين ٠

ومن الواضح أن الترجيح انما يكون مع القدرة على الترجيح فالخيار عبارة عن القدرة على الترجيح والقدرة ليست الا عبارة عن السلطنة فيصح أن يقال أن الخيار ملك ازالة العقد ولكن هذا المعنى منتف فى غير خيار المصطلح فان فى الهبة مثلا وان كان الواهب قادراً على الفسخ أو الابقاء ولكن كون الجواز فيه ضرورى فليس له ازالته عنها وكك اذا كان متعلق الخيار الامور الخارجية كالاكل والشرب فان أحد طرفى الفعل وان كان فى اختياره ولكن اصل كونه مختاراً فى ذلك ضرورى ولا يقدر ان يسلب اختياره عن نفسه بل هو مستفاد

من شئ آخر و منه الهيئة فان هيئة المختار أيضاً تدل على الملكية فانه قد أخذ فيها الهيئة وهذه الهيئة وان كانت ظاهرة في الهيئة الفعلية و منه ما فى قضية الصديقة الطاهرة و هو المختار لها لسرعة الالحاق .

و لكن قد يكون المراد منهما الهيئة الشأنية ولكن بواسطة القرائن فيكون المشتق ح مستعملة فى الشأنية كسيف قاطع وسمّ قاتل و مسهل نافع و أشربه مبرّدة أو مسخنة فان القرينة قائمة فى امثالها على أن الاستعمال بلحاظ التلبس الشأنى دون الفعلية كما لا يخفى .

و من هنا ظهر ما فى كلام شيخنا الاستاذ حيث قال أن الخيار المتعلق باقرار العقد و الزامه انّما هو ايضاً اعمال الخيار فانه احد طرفى ما تعلق به الخيار و ليس مرجعه الى اسقاط الحق الذى فوق اعمال الخيار و وجه الاندفاع هو ما تقدم من أن ما تعلق باقرار العقد خيار آخر غير ما تعلق بالفسخ و الابقاء .

و تحصّل من جميع ما ذكرناه أن ما ذكره بعض الاصحاب من أن الخيار ملك اقرار العقد و ازالته هو المتعين و احسن منه ماتقدمت الاشارة اليه من أن الخيار المصطلح اختيار فسخ العقد و ابقائه و اختيار اقرار العقد وعدمه (ما شئت فعبّر) .

و قد عرفت أنه لا يرد عليه ما أورده المصنف من الايراد الاوّل و الثانى وكك نقضه بالخيارات المشتركه كما عرفت .

لا يتوهم أن المراد من الخيار المشترك هو الخيار الثابت للمجموع كما فى توارث الخيار عن المورّث بناء على عدم ثبوته لكل واحد من الورثة وعلى عدم ثبوته على الطبيعى من حيث هو على ما هو اقوال المسألة .

والوجه فى ذلك هو ان أحد الشركاء لو اعمل خياره بان يفسخ العقد أو ألزم العقد بأن أسقط خياره لا يضرّ بخيار الشريك الآخربوجه مع أن المصنف فرض أن الفسخ يوجب انهدام العقد من طرف الشريك الآخر و يؤثر تأثيره بخلاف الاقرار فانه من احد الشركاء لا يوجب اقرار العقد من الشريك الآخر فيعلم من ذلك أن المراد من الخيار المشترك فى كلام المصنف هو الخيار الثابت لكل من البايع والمشترى حين الثبوت كخيار المجلس مثلا كما هو الحق فان الظّاهر من قوله(ع) البيّعان بالخيار ما لم يفترقا هو ذلك وان لكل منهما خيار واذا أراد أحدهما أن يفسخ العقد فينفسخ من الطرف الآخر أيضاً لخصوصية فى الفسخ و هى أنه لا يعقل انفساخ العقد من طرف واحد و هذا بخلاف الاقرار فانه يعقل الزام العقد من طرف واحد كما عرفت هذه هى المقدمة الاولى

المقدمة الثانية وقع الكلام فى تاسير الأصل فى المقام ليرجع اليه عند الشك ، فى الجواز او اللزوم و قد وقع الكلام فى أن الاصل فى العقود هو اللزوم الا ما خرج بالدليل أو الأصل فيها هو الجواز الا ما خرج بالدليل فاذا علم من الخارج أن العقد الفلانى لازم أو جائز فلا كلام لنا فيه فان كل واحد منهما يترتّب عليه حكمه و انما الكلام فى الموارد المشكوكة بالشبهة الحكمية كما اذا شككنا فى ان العقد الفلانى (كالسّبق و الرّماية جائز او لازم أو بالشبهة الموضوعيّة كما اذا وقع عقد فى الخارج و شككنا فى كونه من القسم الجائز او من القسم اللازم فان فى جميع ذلك يرجع الى ما اسّس من الاصل .

فنقول ذكر غير واحد تبعا للعلامة فى كتبه الاصل فى البيع اللزوم و قد وقع الكلام فى بيان المراد من هذا الاصل فذكر المصنف وجوهاً

أربعة فى بيان ذلك ·

الاول أخذه بمعنى الغلبة فان أغلب افراد العقد هو اللزوم والجايز منه قليل فاذا شككنا فى عقد أنه جائز أو لازم فالظن يلحق الشئ بالأعم الأغلب ·

وفيه أنه مخدوش صغره وكبرى والمصنف لم يتعرض لفساد الكبرى لوضوحه أما الوجه فى فسادالكبرى فلان قاعدة الحاق المشكوك بالاعم الأغلب أدون من الاستقراء الناقص فحيث أن الاستقراءالناقص ليس بحجة فالقاعدة المذكورة أولى بان لاتكون حجّة بيان ذلك أن الاستقراء الناقص عبارة عن تتبع أفراد الطبيعة بقدر الطاقة والتمكن بحيث يحصل الظن من ذلك أن بقية الافراد ايضاً على هذاالنسق ثمّ يتشكّل منذلك القياس فيوصل بالنتيجة ويقال أن ما صادفنامنافراد هذه الطبيعة كالحيوان مثلاً يتحرك فكه الأسفل عند المضغ وكل حيوان كك فالحيوانات المشكوكة أيضاً كك ظناً وهذا القياس بما أنه يفيد الظن فقط لايكون حجة فان الظن لايغنى من الحق شيئاً ·

والقاعدة المذكورة ادون من ذلك فان جميع ما صودف به من افراد الطبيعة ليس على نسق واحد لان الفرض أنها على قسمين غاية الامر أن قسم منهما أقل من القسم الآخر فلايمكن هنا تشكيل القياس بان كل افراد الطبيعة كك حتى وهماً فضلاً عن الظن به للعلم بان قسم منها على غير النسق الذى عليه القسم الاخر ، كمالا يخفى ·

وبالجملة أن كبرى هذه القاعدة باطلة لعدم الدليل على صدقها وأما الوجه فى بطلان الصغرى ما ذكره المصنف ان اريدغلبة

الافراد فغالبها ينعقد جائزاً لاجل خيار المجلس أوالحيوان أوالشرط وان اراد غلبة الازمان فهى لاتنفع فى الافراد المشكوكة وذلك فان مدة اللزوم وان كانت طويلة وزائدة ولكن لايوجب الحاق المشكوك اليه الذى لاندرى أنه تحقق لازماً أوجائزاً فان الاغلبية من حيث الأزمان لايرتبط بالاغلب من حيث الافراد .

وبعبارة اخرى أن بناءً على تسليم الكبرى أن الظن انما يلحق الشئ بالاعم الاغلب من صنف نفس هذه الطبيعة لامن الاعم الاغلب من طبيعة أخرى مثلاً أن الغلبة فى سادات الكاظمية هى الطوال فلو شككنا فى فرد منهم أنه طويل أو قصير فالظن يلحقه بالاغلب من هذه الطائفة لا بالاغلب من جميع البشر وكك أن الاغلب فى المسلم أو فى اهل العلم التقى واذا شك فى فرد منهم فالظن يلحقه بالاغلب من المسلمين أو من اهل العلم لا بالاغلب من جماهير العالم ولو من غير المسلمين وفى المقام اذا شك فى عقد أنه جائز أو لازم فالظن يلحقه بالاعم الاغلب من صنفه وهو غلبة الاخرا بحيث يتصف حين الوجود بوصف من اللزوم أو الجواز لا بالاغلب من صنف آخر اعنى غلبة الازمان ومن الواضح أن الغلبة فى الافرادهو الجواز فان اغلب افراد العقد يوجد جائزاً لخيار المجلس أو الحيوان أو الشرط الا ان يشترط اللزوم فى ضمن العقد ومن هنا ظهر أن ما ذكره غير واحد من الاعلام من عدم الفرق فى الحاق المشكوك بالاعم الاغلى بين غلبة الافراد وغلبة الزمان لايرجع الى محصّل وانما هو ناشئ من عدم الوصول الى مراد المصنف .

وأما الأصل بمعنى القاعدة فسيأتى التكلم فيه من أوفوا بالعقود

واحل اللّه البيع و تجارة عن تراض وكك سيأتى التكلم فى الاصل بمعنى الاستصحاب وان تكلمنا فيهما فى المعاطات ولكن اذا تمّ الاستصحاب وقلنا بجريانه فى الشبهات الحكمية و الاحكام الكليّة يجرى فى موارد الشبهات الحكمية و الموضوعيّة و اما العمومات فلا تجرى فى الشبهات الموضوعيّة كما اذا شك فى أن هذا العقد وجد لازما او جائزا لكونه تمسكا بالعمومات فى الشبهات المصداقية كما لا يخفى .

و أما الاصل بالمعنى اللغوى بان يكون وضع البيع و بنائه عرفاً و شرعاً على اللزوم فهو الظّاهر من كلام العلّامة (ره) حيث قال والفرض تمكن كل من المتعاقدين الخ فان هذا وجه آخر غير الاستصحاب وانه هو الوجه الرابع ظاهراً بل هذا هو الصّحيح لقيام بناء العقلاء من المتدينين وغيرهم على ذلك ، وعليه فالشرط الضمنى فى كل عقد البيع موجود على بقاء المعاقدة على حالها و لا ينفسخ العقد بفسخ كل منهما كيف شاء وفى اىّ وقت أراد وليس لأحد من المتبايعين أن يرجع الى الأخر بعد مدة و يسترجع العوض منه بفسخ العقد و الالما استقرّ نظام المعاملات ولا اظنّ أحد ببقاء أمواله تحت يده وان مضى على بيعه و شرائه سنين متمادية وقرون متوالية فان العقد الجائز قابل الانهدام ولو بعد سنين وح لا يستقرّ تملك الملاك فى مستملكاتهم المبتاعة من الغير واختلت تجارة التجار و نظام الاكتساب كما هو واضح نعم هذا يتم فى البيع فقط وأما فى غيره كعقد السبق و الرماية مثلاً فلا يتمّ فيه ذلك مع الشك فى جوازه ولزومه اذ لم نحرز كونه بناء العقلاء فى غير البيع و نحوه كالنكاح مثلا على اللزوم حتى يعتبر اللزام بالشرط الضمنى كما لا يخفى .

ولذا ذكر المصنف أن الاصل بهذا المعنى انما ينفع مع الشك فى ثبوت خيار فى خصوص البيع لان الخيار حق خارجىّ يحتاج ثبوته الى الدليل أما لو شك فى عقد آخر من حيث اللزوم والجواز فلايقتضى ذلك الاصل لزومه ·

ثم ذكر المصنف (ره) ومن هنا ظهر أن ثبوت خيار المجلس فى أوّل ازمنة انعقاد البيع لاينافى كونه فى حدّ ذاته مبنّياً على اللزوم لان الخيار حق خارجىّ قابل للانفكاك نعم لوكان فى أول انعقاده محكوماً شرعاً بجواز الرجوع بحيث يكون حكماً فيه لاحقاً مجعولاً قابلاً للسقوط كان منافيا لبنائه على اللزوم ·

وفيه أنه بعد ما تمّ بناء العقلاء على عدم جواز رجوع كل من المتبايعين على الآخر وصار بنائهم على صيرورة كل منهما اجنبيّاً عن ما له بعد تمامية العقد فكما لاينافى ذلك ثبوت خيار المجلس أو الحيوان فى أوّل البيع لكونه تخصيصاً للقاعدة الثانية ببناء العقلاء فكك لاينافيه ثبوت الجواز الحكمى لعقد الهبة فانّه أيضا يكون تخصيصا للقاعدة ولايفرق فى ذلك بين كون الجواز من الحقوق أو من الاحكام وانما يظهر الفرق بينهما من حيث امكان الاسقاط وعدمه فان الجواز فى الهبة لاينفكّ عنها ولو اسقطه الواهب ألف مرّة فانّه بعد ذلك ايضا بالخيار وهذا بخلاف الجواز الحقى فانه يسقط بالاسقاط كما عرفته فى أول البيع

وأما الاصل بمعنى الاستصحاب فهو انما يتم اذا شك فى لزوم عقد وجوازه بعد احراز أنه تحقق لازماً وثبت اللزوم له ولو فى ان قبل الشك فانّه حينئذ لابأس بالتمسّك للاستصحاب لاثبات اللزوم وأما اذا كان العقد حين التحقق جائزاً ولم يطرء عليه اللزوم بعده

ثمّ شككنا فى جوازه ولزومه فحينئذ نستصحب الجواز فيثبت عكس المقصود ٠

على أن الاستصحاب انما يتم فى الشبهات الموضوعية و امّا الشبهات الحكمية فقد حققنا فى محله أنه لايجرى فيها الاستصحاب لكونه مبتلا بالمعارضة دائماً ، وعليه فاذا شككنا فى أن عقد السبق و الرّماية جائز أو لازم فلايمكن احراز اللزوم فيه بالاستصحاب كماهوواضح

قوله بقى الكلام فى معنى قول العلامة فى القواعد و التذكره

اقول : اختلف الكلمات فى بيان مراد العلامة (ره) حيث قال انه لايخرج من هذا الاصل الا بامرين ثبوت خيار او ظهور عيب مع ان العيب من اسباب الخيار فعن جامع المقاصد أنه من قبيل عطف الخاص على العام وهو كثير فى كلمات الفصحاء و فى الكتاب العزيز (و فيها فاكهة و نخل و رمان مع ان الفاكهة شاملة لما ذكر بعدها ٠

و فيه أنه انما يتم اذا ذكر فى المعطوف عليه اسباب الخيار فان العيب منها دون نفس الخيار و هما متبائنان لا أن المعطوف عليه أخص من المعطوف ٠

و وجّهه المصنف بتوجيه آخر و حاصله : أن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد فى مقابل الخيار ، لان الخيار انما يتعلق بتمام العقد بحيث اذا اختار ذو الخيار الفسخ فينعدم العقد من أصله فيصير كأن لم يكن ، و أما اذا ظهر نقص فى أحد العوضين فان نفس ظهوره موجب لثبوت الارش و ثبوت الخيار لمالك العوض الناقص فى استرداد جزء من الثمن أو المثمن فالعقد بالنسبة الى الجزء الناقص متزلزل قابل لابقائه فى ملك المالك الأول و ابقائه فيه فهذا خيار متعلق

بالمجموع من حيث المجموع لا بالجميع ·

و فيه أولا ما ذكره المصنف (ره) من أنه مبنى على كون الأرش جزءً حقيقياً من الثمن كما عن بعض العامة ليتحقق انفساخ العقد بالنسبة اليه عند استرداده وقد صرّح العلامة فى كتبه بأنه لايعتبر فى الأرش كونه جزءً من الثمن بل له ابداله لان الارش غرامة وح فثبوت الارش لايوجب تزلزلاً فى العقد ·

و ثانيا ما ذكره السيد (ره) فى حاشيته من أنه لايعقل الفسخ بالنسبة الى الجزء الا برد ما يقابلهمن العوض اذ مقتضى مقابلة المجموع بالمجموع كون بعض المبيع فى مقابلة هذا الجزء من الثمن فاذا رجع الى المشترى يرجع ما يقابله الى البايع فلابد من التزام أن هذا الفسخ و الاسترداد ابطال و ازالة للعقد بتمامه و جعله واقعاً على مجموع المبيع و ما بقى من الثمن وعلى هذا فالتزلزل انّما هو بالنسبة الى الكل لاخصوص جزء الثمن ·

و وجهه شيخنا الاستاد بوجه ثالث وحاصله أن ما ثبت ببناء العقلاء أوغيره من اللزوم انما ينحل الى أمرين الاول انه ثبت بناء العقلاء مثلا على لزوم العقد بحيث ليس لكل واحد من المتعاملين أن يرجع الى الآخر بعد العقد بان يفسخ المعاملة و يرجع الى ماله ·

الثانى أنه ثبت بناء العقلاء على عدم جواز مطالبة كل من المتعاملين من الاخر زائداً عن حقه الذى جرى عليه العقد و لكن يخرج من الاصل الاول بالخيار و من الاصل الثانى بظهور العيب فانه يوجب مطالبة الارش فقول العلامة انما يخرج من هذا الاصل بالخيار ناظر الى الاصل الاول و قوله أو بظهور العيب ناظر الى الاصل الثانى وهذا الذى ذكره شيخنا الاستاد توجيه وجية لاباس به ·

قوله فمنها قوله تعالى أوفوا بالعقود أقول قد استدل المصنف على اللزوم بوجوه منها قوله تعالى أوفوا بالعقود فذكر أن الآية دلت على وجوب الوفاء بكل عقد وادعى أن المراد بالعقد مطلق العهد كما فسّر به فى صحيحة ابن سنان المروية فى تفسير على بن ابراهيم أو المراد منه ما يسمّى عقداً لغة و المراد بالوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه والجرى العملى على طبقه نظير الوفاء بالنذر فاذا باع احد ماله من شخص فبمقتضى الآية وجب العمل بما يقتضيه التمليك من ترتيب آثار الملكيّة عليه وعدم جواز التصرف فيه و يحرم العمل بجميع مايكون نقضاً للعقد و منها التصرّفات بعد الفسخ فحرمة التصرف لازم مساو للزوم العقد وعدم انفساخه بمجرّد فسخ احد المتعاملين فيستدل بالحكم التكليفى أعنى حرمة التصرف فى المبيع على الحكم الوضعى اعنى عدم نفوذ الفسخ و تاثره فى العقد فيكون العقد باقياً بعد الفسخ أيضاً فى كل زمان و لا ينعدم باى زمانى و قد تحقق فى الاصول ان الحكم الوضعى منتزع من الحكم التكليفى على مذهبه .

و أشكل عليه بأن وجوب الوفاء فرع وجود العقد و بعد الفسخ نشك فى بقائه فلايتم الا بالاستصحاب الى أن قال نعم لوكان الموضوع صدور العقد ولو لم يكن باقياً كان كما ذكر لكنه مقطوع العدم اذ مع فرض زوال العقد لايجب الوفاء قطعاً .

و فيه أن موضوع وجوب الوفاء الى الأبد انما هو العقد حدوثا فانه بمجرّد حدوثه يثبت له وجوب الوفاء الى الابد فيكون العقد حدوثا موضوعاً لوجوب الوفاء المستمر بقاءً فلايكون مشكوكا فى نفسه لكونه مقطوعاً فى ظرفه فيتمسك بالاطلاق بعد الفسخ أيضا فان مقتضى ماذكره المصنف

من جرى العمل على طبق ذلك العقد الحادث لا يؤثر الفسخ فى شئ ولا يوجب كون العقد مشكوكا حتى تصل النوبة الى الاستصحاب من جهة الشك فى بقاء الموضوع وعدمه ٠

نعم الملكيّة تكون مشكوكة بعد الفسخ ولكنها أجنبية عما ذكرناه ودعوا أن العقد بعد الفسخ يكون مشكوكا فى نفسه فلا يكون العقد محرزاً حتى نتمسّك بالاطلاق واضح الدفع بما ذكرناه ويدفع ماذكرناه بملاحظة الوقف ونحوه من كون العقد حدوثا موضوعاً لوجوب الوفاء بقاء وعلى الاجمال أن العقد حدوثاً يكون موضوعاً لوجوب الوفاء بقاءً وهو ليس بمشكوك اصلاً حتى لا يفيد التمسك بالاطلاق ويلتجأ الى الاستصحاب بل هو مقطوع بعد الفسخ وقبله نعم بعد تحقق الفسخ تكون الملكيّة مشكوكة ولكنها لا ترتبط لما نحن فيه وعلى هذا فكلما نشك فى ارتفاع ذلك اى وجوب الجرى على طبق العقد السابق فيتمسك بالاطلاق فكلام المصنف سليم عن هذا الاشكال ٠

نعم يرد على ما ذكره المصنف وجهان : الاول أن حرمة التصرف انما هى من الاحكام الشرعية المترتبة على الملكيّة فلاربط لها بالعقد الذى هو عبارة عن الالتزام النفسانى فلا دلالة فى الآية بناء على ما ذكره المصنف على لزوم العقد ٠

وتوضيح ذلك أن الالتزام على شئ قد يكون متعلّقاً بالامور الخارجية كالنذر والعهد بأن يتعهد بالالتزام النذرى أو العهدى على فعل شئ فى الخارج أو على تركه فيه وقد يكون متعلقاً بامر اعتبارى نفسانى أما الاول فيكون نقضه بالفعل الخارجى لكونه التزاماً خارجياً بأن يترك ما التزم بفعله أو يفعل ما التزم بتركه وعلى هذا

فيكون التصرّف الخارجى نقضاً للالتزام و العقد فتدل حرمة التصرّف على حرمة الفسخ كما ذكره المصنف ٠

و أما الثانى فرفعه بنقضه فى عالم الاعتبار وو رفع المعاقدة النفسانية فلاربط له بالتصرّف الخارجى حتى لو التزم بشى و تعاهد عليه فى عالم الاعتبار و أوجد المعاقدة الاعتبارية فى ذهنه و مع ذلك التزم و بنا على التصرّف الخارجى وعدم ترتب الحكم عليه فلا يكون ذلك مخلاً بالتزامه العقدى اصلاً ، مثلاً لو باع داره من زيد و بنى أن يأخذها منه بعد الاقباض أو تزوج امرأة و بنى أن لا يعطى لها نفقتها فان بنائه هذا لا يضرّ بالالتزام العقدى بوجه وعليه فالآية الشريفة ناظرة الى الوفاء بالمعاقدة الاعتبارية التى نقضها برفع تلك الاعتبار النفسانى لا بالتّصرّف الخارجى فلاتدل الآية على حرمة التّصرّف اصلا حتّى لو لم يكن دليل على حرمة التصرّف فى مال غيره لم يظهر ذلك من الآية و لجاز أن يبيع أحد أمواله ثمّ يتصرّف فيها تصرفا خارجيّاً و هذا واضح جداً ٠

و ثانيا لو سلمنا كون التصرف نقضاً للعقد فلماذا يحرم التصرّف بعد ذلك التّصرّف الاولى فان لازمة جواز التصرّف الثانى و الموجه فيه هو الموجود فى مقام البيع و النكاح و الاجارة وغيرها من العقود هو الامر الوجدانى المستمر فاذا انقطع ذلك فى آن فيرتفع العقد بارتفاع الاستمرار و بعده لا يبقى موضوع لوجوب الوفاء اصلا ٠

نعم لو كان هنا أمور متعددة و التزامات وعقود متكثرة حسب تعدد الانات و الساعات و الايام كان هنا أيضا وجوب متعدد منحل الى الازمنة المتعددة فلايكون عدم الوفاء بواحد موجبا لرفع الحكم

عن الآخر ولكنه بديهی البطلان فان ما نحن فيه نظير النذر أو العهد أو اليمين على القعود فی مكان من أول الصبح الى المغرب فاذا تخلف أنا واحداً ولم يجلس فيه فيرتفع وجوب النذر ولا يجب بعده۔ الجلوس فی ذلك المكان ويترتب عليه حكم مخالفة النذر و العهد و اليمين ٠

ذ وليس المقام من قبيل النذر على ايجاد أمور عديدة بحيث لا يستلزم الخلف فی واحد الخلف فی الآخر كأن ينذر أن يزور الحسين عليه السلام فی كل ليلة الجمعة ولكن تخلف ولم يزر ليلة واحدة فانه لا يوجب الحنث فی الليالی الأخر أيضا بل النذر فی مثل هذا ينحل الى نذور متعددة و يترتّب على كل واحد منها حكمه ٠

و التحقيق هو ما ذكرناه فی بحث المعاطاة من أن الوفاء عبارة عن انتها الشئ و اتمامه ومنه الدّرهم الوافی أی التام فالمراد من الامر بالوفاء عبارة عن الامر بالتمام العقد الذی عبارة عن المعاقدة و المعاهدة فتدلّ الآية على وجوب اتمام العقد وعدم جواز فسخه ولكن حيث أنّه ليس الفسخ من المحرّمات قطعاً فان رفع الالتزام النفسانی و الاعتبار النفسی وعدم الوقوف على الالتزام الاولیّ ليس من المحرّمات قطعاً الا بعنوان التشريع و النسبة الى الشارع فيكون الأمر للارشاد الى عدم تأثير الفسخ فی رفع الالتزام نظير عدم صحة الصلوة عن الحائض وكون الأمر بتركها ارشاداً الى ذلك فتدل الآية بالمطابقة على اللزوم ٠

و بعبارة اخرى الظهور الأولی للامر هو الوجوب المولوی كما حقق فی محلّه ولكن نرفع اليد عنه بالقرائن الخارجية و يحمل على

الارشاد وفى المقام أن الامر بالوفاء على العقد وأن كان ظاهراً فى المولوية فى نفسه ولكن بما أن الفسخ المتعلق به ليس من المحرّمات بحيث يحرم لاحد المتعاملين ان يفسخ التزامه و ينقضه ولا ينهيه الى الآخر فيكشف من ذلك عدم كونه ظاهراً فى الوجوب المولوى و يحمل على الارشاد فتكون الآية ابتداءً دالة على اللزوم بالمطابقة وان العقد لاينقض و ينفسخ بالنقض و الفسخ فلانحتاج فى استفادة اللزوم الى الالتجاء بكون الحكم الوضعى منتزعاً من الحكم التكليفى كما صنعه المصنف على أنه لايمكن المساعدة عليه فى نفسه كما حققناه فى علم الاصول وقلنا أن الاحكام الوضعية بنفسها مجعولة للشارع .

وقد اشكل على الاستدلال بآية أوفوا بالعقود على اللزوم بناء على ما ذكرناه من دلالتها على اللزوم بالمطابقة بان مبنى الاستدلال بهذه الآية على اللزوم هو أن الامر فى الآية انما هو ارشاد الى اللزوم لان رفع العقد وفسخه وهدم كل من المتبايعين التزامه بدون رضا الآخر ليس حراماً فى الشريعة غاية الامر أنه لايؤثر فى رفع العقد ولايوجب نقضه ورفعه الامع رضا الآخر ليكون اقالة فيكون الأمر بهذه القرينة ارشاداً الى أن العقد لاينحل ولاينفسخ بالفسخ ولاينقض بالنقض فتدل الآية بالمطابقة على اللزوم .

واشكل عليه بأن الأمر فى المقام يدور بين رفع اليد عن ظهور الأمر فى المولوية وحمله على الارشاد كما ذكرتم وبين رفع اليد عن ظهور أوفوا بالعقود فى جميع العقود حتى الالتزامات الخارجية من النذر والعهد وغيرهما والالتزامات النفسية كالعقود من البيع ونحوه فتخصيصها بالالتزامية الخارجية فقط حتى لايقال أن الفسخ ليس

من المحرمات بل تختص الحكم بالوفاء فى الآية بالنذر و العهد ونحو هما من الالتزامات الخارجية فلامرجح لرفع اليد عن ظهور الأمر فى المولوية وحمله على الارشاد دون الثانى فتكون الآية مجملة فلايمكن الاستدلال بها على اللزوم. وفيه أن هذا الدوران ممنوع جدا فان معنى رفع اليد عن ظهور الامر وحمله على الارشاد ليس هو ذلك بل معناه انا نرفع اليد عن ظهور الامر فى الوجوب التكليفى و نحمله على الارشاد و هذا لاينافى المولوية فالامر على كل حال باق على مولويته سواء حملناه على الارشاد به ام لا ولكن بمقتضى القرينة المتقدمة نحمله على الارشادى المولوى و الوجه فى ذلك هو أن هذا المعنى الارشادى غير ما ذكروه من حمل الامر على الارشاد مقابل المولوى فانه ارشاد الى حكم العقل كما فى اطيعوالله و اطيعواالرسول فانه فى موارد حكم العقل لامجال للمولوية فلابدّ من حمل الأوامر الواردة فى تلك المقامات على الارشادية وكونها ارشاداً الى حكم العقل فقط وهذا بخلاف حمل الامر على الارشاد مقابل الوجوب و التكليف فانه مع كون الأمر ارشادياً فهو باق على مولويته **أيضاً** فان امضاء العقد و جعله لازماً بحيث لم ينفسخ بالفسخ هذا ايضا حكم مولوى و ثابت بجعل الشارع كما أن الامر بالوضوء عقيب الاحداث الناقضة للوضوء ارشاد الى بطلان الوضوء بها و الاوامر و النواهى المتعلقة بأجزاء الصلوة ارشادة الى المانعية أو الجزئية و مع ذلك كلها احكام مولوية فان اجزاء الصّلوة و موانعها كلها مجعولة للشارع فالامر بها مولوى محض غاية الامر ليس تكليفياً وعلى هذا فاذا حملنا الامر بالوفاء بالعقود على الارشاد فلايكون رفعاً لليد عن ظهور الأمر فى المولوية بل رفع اليد عن ظهوره

فى الوجوب ·

وعلى هذا فتدل الآية على لزوم الوفاء بكل عقد حتى العقود والالتزامات الخارجية وليس دائراً بين رفع اليد عن ظهور الأمر فى المولوية أوعن ظهور العقود فى الأعم من الالتزامات النفسية والالتزامات الخارجية بل أريد من الامر المولوية وهوعبارة عن اظهار مافى النفس من اعتبار الفعل على ذمة المكلف سواء كان على سبيل التكليف او لافهذا المعنى يختلف بحسب الموارد ففى مورد يكون امضاءً محضاًفقط كما فى البيع و نحوه فانّه امضاء لما عقده المتعاملان بعنوان المولوية وفى العهد و النذر على نحو التكليف وعلى هذا فمعنى أوفوا بالعقود أى أوفوا بجميع عهودكم وعقودكم و التزاماتكم النفسية والخارجية فيشمل ذلك عهد الله على العباد الذى عهد عليهم فى عالم الذر بقوله جل وعلى ألم اعهد اليكم يا بنى آدم ألا تعبدوا الشيطان أنه لكم عدو مبين ·

وأيضا يشمل عهد العباد على الله تعالى كالنذر و العهد و اليمين و يشمل عهد العباد بعضهم بعضا كما فى موارد العقود ·

وعلى الاجمال فالأية وافية الدلالة على اللزوم دلالة مطابقية كما عرفت ·

قوله ومن ذلك يظهر لك الوجه فى دلالة قوله تعالى احل الله البيع على اللزوم ·

اقول حاصل كلامه أن المراد من حلية البيع هو حلية جميع التصرفات التى تترتب على البيع و يجوز لكل من المتبايعين أن يتصرّف فيما انتقل اليه جوازاً تكليفياً مطلقاً فهو يشمل ما بعد الفسخ أيضاً

فيدل على عدم تأثير الفسخ فى العقد وكونه لغواً و الا لكان التصرف بعد الفسخ تصرّفاً محرماً لكونه فى مال الغير فهذا المعنى يستلزم اللزوم فتدل الآية على أن الأصل فى العقود هو اللزوم بالالتزام و قد حقق فى محلّه أن الدلالات الالتزامية حجّة فى باب الالفاظ و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم باطلاق حلية اكل المال بالتجارة عن تراض فانه يدل على أن التجارة سبب لحلية التصرّف بقول مطلق حتى بعد الفسخ فتدل هذه الآية أيضاً على أصالة اللزوم بالالتزام فان لازم جواز التصرف حتى بعد فسخ أحد المتعاملين هو لزوم العقد وعدم انحلاله بالفسخ و الا لكان التصرف بعد الفسخ حراماً كما لا يخفى ٠

و قد اشكل المصنف (ره) على الاستدلال بالآيتين على اصالة اللزوم و أوضحه شيخنا الاستاذ و حاصله أن التمسك بالاطلاق انما يفيد اذا كان الشك فى قيود الموضوع و حالته و انحائه مثلا اذا قال المولى جئنى بالماء فتمسك باطلاق كلامه بالنسبة الى حالات الماء و نحكم بجواز اتيان أىّ ماء بحيث صدق عليه الماء كما يمكن أن يكون الحكم بالنسبة الى حالات المضوع مقيداً أيضاً فالمقصود أن الاطلاق و التقييد فى الحكم انما هو بالنسبة الى حالات الموضوع فقط ٠

و أما بالنسبة الى حالات الحكم أو رافعه فلا يمكن أن يكون الحكم مطلقاً أو مقيداً كما أن الاحكام الثابتة على الاشياء بعناوينها الأولية لا اطلاق لها بالنسبة الى العناوين الثانوية ٠

و السر فى ذلك أن المحكوم عليه ليس ناظراً الى نفسه فضلاً عن أن يكون مطلقاً بالنسبة الى حاكمه ٠

وفى المقام اذا كان الفسخ مؤثرا فانّما هو يؤثر فى رفع نفس الحلية وعليه فلا اطلاق فى الحلية الى رافعها فان الحكم ليس له اطلاق الى حالات نفسه فضلاً عن أن يكون له اطلاق الى رافعه وح فلايمكن التمسك بالآيتين لاثبات أصالة اللزوم وعدم تأثير الفسخ فى رفعه نعم لاباس بجريان الاستصحاب فى صورة الشك ثمّ وجه شيخنا الاستاذ جهة تخصيص المصنف هذا الاشكال بالآيتين وعدم جريانه فى الآية السابقة عليهما أى آية أوفوا .

وحاصله أن موضوع وجوب الوفاء كما ذكرناه هو المعنى المصدرى من العقد الذى يعبرعنه فى لغة الفرس بلفظ (گره زدن) دون الاسم المصدرى أعنى العقدة الحاصلة من المعنى المصدرى الذى يعبر عنه فى لغة الفارس بلفظ (گره) فاذا تحقق الفسخ فلايكون مانعاً عن التمسك بالاطلاق فنتمسك باطلاق أوفوا و نحكم بعدم تأثيره فى رفع العقد فانه لايكون ما هو موضوع وجوب الوفاء أعنى العقد بمعنى المصدرى مشكوكاً بالفسخ كما تقدم و انما يكون المشكوك هو العقدة اى العقد بمعنى الاسم المصدرى فيجوز التمسك بالاطلاق كما لا يخفى .

اقول الظاهر أنه لايتم الاستدلال بالآيتين على أصالة اللزوم وعلى تقدير تماميته لايرد عليه الاشكال المذكور وعلى تقدير وروده فلا فارق بين الآيتين و بين آية أوفوا بالعقود .

قلنا فى المقام ثلاث دعاوى الدعوى الاولى أنه لايتم الاستدلال بالايتين على أصالة اللزوم و الوجه فى ذلك هو أن المراد من الحلية اما الحلية الوضعية أو الحلية التكليفية أو الأعم منهما و على كل حال لادلالة فى الآية على أصالة اللزوم بوجه .

أما اذا كان المراد من الحلية هى الوضعية فلان معنى ذلك ليس الا نفوذ البيع فى مقابل استناد الحرمة وعدم النفوذ الى الربا فلاتعرض فيها لارتفاعه أوعدم ارتفاعه بالفسخ أصلاً كما أن قوله تعالى وحرّم الربا لايدل على أزيد من حرمة المعاملة الربوية فبقرينة المقابلة تكون الحلية واردة على اصل البيع من حيث الحدوث أى أن البيع جائز و نافذ فى الشريعة المقدسة و ليس مثل الربا كما زعمه اهل الجاهليه فلا دلالة فيها الى حلية التّصرّفات المرتبة على البيع .

وعلى الاجمال ليست الآية متعرضة لبقاء البيع و عدم بقائه بعد التحقق وأن الفسخ يؤثر فيه أم لا وانما هى ناظرة الى أصل ثبوت البيع و نفوذه فى الشريعة المقدسة .

وأما اذا كان المراد من الحلية هى الحلية التكليفية فلان الآية أيضاً ناظرة الى استناد الجواز و الاباحة الى البيع وكونه غير محرم فى الشريعة بقرينة مقابلة بحرمة الربا فان غرضه تعالى استناد الحرمة فقط الى الربا و بيان كونه حراما فى الشريعة كشرب الخمر بل بعاقب كاتبه و شاهده و البايع و المشترى فليست الآية ناظرة الى جواز التصرّف أصلاً أى التصرفات المترتبة على البيع بل ناظرة الى حلية نفس البيع كما أن قوله تعالى وحرّم الربا ناظر الى حرمة نفسى فانه من المحرمات الشرعية حتى يقتل منكر حرمته وتبان زوجته و تقسم أمواله و ليس البيع الربوى مثل بيع الغررى أو بيع ما ليس عندك أو بيع ما لايقدر على تسليمه و غير ذلك من البيوع الفاسدة فانها فاسدة فقط و ليس بحرام تكليفاً الا بالتشريع فلو باع احد بالبيع الفاسد لايكون فاسقاً بخلاف البيع الربوى و مقابل هذا اى البيع

الربوى الحرام تكليفاً هو البيع الحلال الذى رخص فيه الشارع تكليفا وأما التصرفات المترتبة عليه فاجنبية عنه فلادلالة فى آية حلية البيع على اللزوم ٠

ومن هنا ظهر الحال لو أريد من الحلية الحلية الوضعيه و التكليفية معاً كما لا يبعد ان يكون هو المراد من الآية فان معنى الحلّ فى اللغة هوالاطلاق و يعبر عنه فى الفارسية بكلمة (گرده زدن وباز نمودن) وهو اعم من الحلية الوضعية و التكليفيّة لانه لم يكن استعمال الحلية تارة فى الوضعية وأخرى فى التكليفية مرسوماً فى اللغة و زمان النبى (ص) و الائمة عليهم السلام وانما هو اصطلاح جديد فى السنة الفقهاء رضوان الله عليهم فلايلزم من استعمال كلمة الحل فيهما استعمال اللفظ فى اكثر من معنى واحده ٠

وعلى الجملة فالحلية عبارة عن الاطلاق فهو يختلف بحسب المصداق لانه تارة تكون وضعية بمعنى نفوذ المعاملة وأخرى تكليفية بمعنى الجواز وعدم المنع عنه شرعاً ٠

وعلى كل حال فالآية ناظرة و الى ثبوتها للبيع وكونه حلالاً فى الشريعة المقدسة وضعاً و تكليفاً وأما انه لا يرفع بالفسخ أو يرفع به فالآية اجنبية عن ذلك بالمرّة فتحصل أن الأية لاتعرض فيها عن حلية التصرفات المترتبة على البيع فضلاً عن استفادة اللزوم من ذلك بالالتزام ٠

ومن هنا ظهر الحال فى قوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض بل الأمر فيه أوضح فان المراد من قوله تعالى فى المستثنى منه لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ليس هو الأكل بمعنى الازدراد لانه

انما أضيف الى الاموال و من الواضح أن المأكولات بالنسبة الى غيرها كقطرة من البحر فبمناسبة الحكم و الموضوع فلابدّ و أن يراد منه التملك بأخذ الاكل كناية عنه كما هو المستعمل فى ذلك كثيراً حتى فى العرف الخاضر وقد استعمل الأكل بمعنى التملك فى الكتاب الكريم فى غير هذا المورد أيضاً كقوله تعالى و تدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقاً من اموال النّاس بالاثم ٠

وعلى هذا فمعنى الآية أن تملك أموال الناس بأى سبب من الاسباب حرام وغير جائز شرعاً الا ان يكون التملك بسبب و هو التجارة عن تراض فانه جائز وحلال فى الآية ناظرة الى أصل جواز التملك و أما التصرّفات المترتية على التملك فخارجة عن حدود الآية بالكلية فضلاً عن دلالتها على أصالة اللزوم ٠

و الحاصل أنه استدل المصنف بأية حلّ البيع على لزوم العقد بدعوى أنها تدل بالمطابقة على حلية مطلق التّصرّفات حتى التّصرّفات الواقعة بعد الفسخ و من الواضح أنه لو كان الفسخ مؤثراً فى حلّ العقد و اعدامه لكانت التصرفات الواقعة بعد الفسخ محرّمة فتدل الآية بالملازمة على لزوم البيع وعدم انفساخه بالفسخ و بهذا يظهر دلالة آية النجارة عن تراض اعنى قطعة المستثنى فانها تدل بالمطابقة على حلية الأكل بالتجارة عن تراض مطلقاً ٠

و بعبارة اخرى أنها ظاهرة فى أن التجارة عن تراض سبب لحلية التصرف بقول مطلق حتى بعد الفسخ من أحدهما من دون رضى الآخر ٠ ثمّ اشكل على الايتين بان الفسخ رافع للحلية فلا يكون الحكم شاملا باطلاقه لرفع نفسه و أوضحه شيخنا الاستاذ بأن

الحكم انما له اطلاق بالنسبة الى حالات الموضوع و قيوداته و اما حالات نفس الحكم فضلاً عن رافعه فلا اطلاق له بالنسبة اليها فانه لايعقل أن يؤخذ الحكم مطلقاً بالنسبة الى حالة نفسه و روافعه ثم فرق بين هاتين الآيتين و بين آية أوفوا بدعوى أن موضوع الوفاء فى آية أوفوا هو العقد بمعنى المصدرى فهو قطعى الوقوع فلايكون مشكوكا بالفسخ و انما المشكوك بعد تحقق الفسخ هو العقد بمعنى الاسم المصدرى فتدل الآية على حلية التصرفات المترتبة على العقد بمعنى المصدرى مطلقاً حتى بعد الفسخ كما هو مبنى استدلال المصنف فشك فى رافعية الفسخ العقدة لئلا يجوز التصرّفات بعد الفسخ فنتمسك باطلاق الآية و نحكم بعدم تأثير الفسخ بوجه فليس الفسخ رافعاً لنفس الحلية حتى لايمكن التمسك باطلاق فتدل الآية على اللزوم بالالتزام كماهو واضح و هذا بخلاف الآيتين كما عرفت الحال فيهما ٠

و لكن قلنا أنه لايمكن التمسك بالآيتين على اثبات اللزوم فى العقود وعلى تقدير تمامية الاستدلال بهما على اللزوم فلا يرد عليه ما أورده المصنف ولو تم الاشكال فهو مشترك الورود للآيتين وآيه أوفوا بالعقود كما ذكره السيد و لكن ببيان آخر و لنا فى المقام ثلث دعاوى الاولى فى عدم صحة الاستدلال بالآيتين على اصالة اللزوم فنقول ان المراد من الحلية اما وضعية أو تكليفية أو الأعم منهما و على كل حال لادلالة فى الآيتين على المقصود أما اذا كان المراد منها الحلية الوضعية فلان معناه نفوذ البيع و صحته فى الشريعة الاسلامية وقد تدل آية حل البيع على كونها مستندة الى البيع فلا دلالة فيها على ازيد من استناد الحلية الوضعية الى البيع و تدل على ذلك مقابلته

باستناد الحرمة الى الرّبا فان معنى حرمة الرّبا بناءً على اخذ الحرمة أيضاً وضعية بقرينة المقابلة هو عدم نفوذ الرّبا و أنه فاسد فى الشريعة من غير تعرض الى حرمة التصرفات وعلى الاجمال فالآية ناظرة الى استناد الحلية الى البيع و استناد الحرمة الى الربا فقط فلا دلالة فيها على حلية التصرّفات المترتبة على العقد حتى بعد الفسخ ليستفاد منه اللزوم فان مقابلة حليّة البيع مع حرمة الرّبا تقتضى استنادهما اليها فقط فان الغرض من قوله تعالى وحرم الرّبا هو ذلك فيكون هذا قرينة لان يراد من حلية البيع أيضاً هذا المعنى ٠

و أما اذا كان المراد من الحلية هى التكليفية فالآية ناظره ايضا الى استناد الحلية التكليفية فقط الى البيع بقرينة مقابلته مع حرمة الرّبا فانها ناظرة الى استناد الحرمة التكليفية فقط الى الرّبا و امّا جواز التصرّفات المترتبة على العقد حتى بعد التصرف فلايستفاد من الآية لخروجها عن مفادها بالكلية فيكون الغرض اثبات اباحة البيع فى الشريعة المقدسة حتى البيع الفاسد لعدم كونه حراماً كما ان حرمة الربا ناظرة الى اثبات حرمته فى الشريعة و هكذا الكلام اذا كان المراد من الحلية أعم من الوضعية و التكليفية كما هو الظاهر بحسب لحاظ المعنى اللغوى كما عرفت ٠

و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال باية التجارة عن تراض أيضاً فانها جملة استثنيت عن حرمة أكل المال بالباطل ومن الواضح أن المراد من حرمة الاكل بالباطل انما هو حرمة التملك كما هو المستعمل بهذا المعنى فى القرآن و فى محاورة اليوم فيقال ان فلانا أكل دار فلان مثلا ٠

فتكون الآية ناظرة الى عدم جواز تملك مال الغير بغير التجارة عن تراض أوعدم نفوذه و أما حرمة التصرفات أو جوازها المترتبة على الاكل بالباطل أو التجارة عن تراض فخارجة عن الآية ٠

و بعبارة اخرى أن الآيتين ناظرتان الى حكم البيع والتملك من حيث الوضع أو التكليف حدوثا فقط لا بقاء حتى يتمسّك بالاطلاق حتى لو لم يكن عندنا ما دل على حرمة التصرف فى مال الغير لقلنا بحرمة التملك بهذه الآية و بجواز التصرف بالاصل وكان لاحد أن يبيع ماله ثمّ لايسلمه بل يتصرف فيه كيف يشاء فان الآية لاتدل على ذلك كما ذكره السيّد (ره) أيضا فراجع ٠

و أما الاشكال الذى ذكره المصنف و قربه و أوضحه شيخنا الاستاذ فلايرد عليها بوجه و ذلك فلانه و ان لم يكن للحكم اطلاق بالنسبة الى حالات نفسه و رافعه فانه حكم مسلم و قاعدة مبرمة فان ملاحظة الاطلاق فرع ورود الحكم على الشئ فلايعقل أن يلحظ الاطلاق أو التقييد الا بالنسبة الى موضوع الحكم أو متعلقه كما هو واضح ٠

و لكن المقام ليس كك فان رافع الحلية ليس من حالات الحكم و توضيح ذلك أنا ذكرنا فى محله مراراً أن الاطلاق ليس الا ما يمكن للمتكلّم أن يصرح به كما أن التقييد كك مثلا اذا قال المولى اعتق رقبة فمعناه اعتق رقبة سواء كانت مؤمنة أم غير مؤمنة كما أن معنى اعتق رقبة مؤمنة معناه اعتق رقبة ان كانت مؤمنة فما للمولى أن يصرح به من الاطلاق و التقييد يطويه فى كلامه على سبيل الاطلاق او التقييد ففى المقام له أن يأخذ الحلية مطلقة بالنسبة الى رافعها و يقول أحل اللّه البيع سواء فسخ أحد المتبايعين أم لا و له أن يصرح بالتقييد

و يقول أحل اللّه البيع ان لم يفسخ احدهما و لكن لم يصرح بالاطلاق وانما سكت عنه و لكن اكتفى منه بعدم التقييد فبمقدمات الحكمة نستفيد الاطلاق و نحكم بحلية البيع و التصرّفات المترتبة عليه حتى بعد الفسخ ٠

و السّر فی ذلك أن للجاعل أن يأخذ حكمه مطلقاً أو مقيداً بالنسبة الی رفع شخص آخر لذلك الحكم فيقول امضيت البيع أن لم يرفعه فلان أو امضيته سواء رفعه فلان أم لا أو يقول اكرم العلماء ان رضی فلان أو يقول اكرمهم سواء رضی فلان أم لا فرفع شخص آخر الحكم ليس من قبيل حالات الحكم حتى لا يمكن تكفل الحكم باطلاقه شموله لما بعد تحقق الرفع كما هو واضح ٠

وعلى تقدير ورود الاشكال على الآيتين فلاتختص الاشكال بهما بل يجری فی آية أوفوا بالعقود أيضاً فانه بناء على مسلك المصنف انها تدل على حلية التصرّفات المترتبة على العقد على وجه الاطلاق حتى بعد التصرّف و من الواضح أن الفسخ رافع لها فكيف يوخذ الحكم مطلقاً بالنسبة الی رافعه فالمقصود أن ميزان الاستدلال بالايات الثلثة واحدة عند المصنف فما ذكره من الاشكال أيضاً مشترك الورود بالنسبة اليها ٠

و قد عرفت دلالة آية الوفاء على اللزوم بالمطابقة وعرفت ايضا عدم دلالة آية أحل اللّه البيع عليه و قلنا أن الآية ناظرة الی استناد الحلية الی البيع و انها مستندة اليه فی الشريعة سواء كانت وضعية أو تكليفية أو كليهما بقرينة قوله تعالی وحرّم الرّبا فانه ناظر الی استناد الحرمة الی الرّبا و أما حلية التصرّفات فضلاً عن كونها مطلقة

حتى بعد الفسخ فليست الآية متعرضة لها بوجه كما لا يخفى ٠

وكذلك قوله تعالى تجارة عن تراض فانه ناظر الى جواز التملك بالتجارة عن تراض لكونه استثناءً عن حرمة أكل المال بالباطل وهو التملك بالباطل فليس فيه أيضاً التعرض بحلية التصرّف بوجه وان كان التملك يترتب عليه جواز التصرّفات ولكنه بدليل آخر وليس مستفاداً من الآية كما لا يخفى فافهم ٠

نعم قد الاستدلال بالآيتين بوجه آخر وحاصله أن معنى الخيار فى البيع ونحوه هو كون التمليك مقّيداً بجهة خاصة لا من حيث الأمد والمدّة بأن يكون الى زمان خاص بل من حيث خاص وهو أن ذى الخيار مالك لارجاع العين بحلّ العقد وفسخه فاذا باع شيئاً مع الخيار فمعناه انّه مالك لارجاعه الى ملكه ثانياً وهذا بخلاف ما لم يكن له الخيار فانّه يملك ماله من المشترى على نحو الاطلاق وغير مقّيد بجهة خاصة وهذا القيّد الذى نسميه خياراً لا يجعل الملك مقّيداً كما عرفت بأن يكون التمليك الى وقت ولا أنه يقوم بالملكيّة فانّه باق على حاله مع التّلف أيضاً فلو كان قائماً بالملكيّة لما بقى بعد تلف العين مع انّه غير باق كما قلنا فان لذى الخيار ايضا اعمال خياره بعد تلف العين ويترتّب عليه حكمه بل متعلقه هو العقد فقط ليس الاّ ٠

ولا ينافى هذا الخيار بالملكيّة الأبدية أصلا فان شأنه شأن رافع العقود والايقاعات فكما أن الطلاق رافع للنكاح والاقالة رافع للعقد فكك الخيار فمالكية ذى الخيار على رفع العقد وارجاع المبيع على ملكه ليس تناقضاً بوجه وليس معنى بعت مع الخيار أن الملكيّة

باقية بعد اعمال الخيار فلوكان معنى جعل الخيار و القدرة و المالكيّة على ارجاع المال الى الحالة الاوليّة هو أن الملكيّة باقية بعد اعمال الخيار أيضاً لكان هذا تناقضاً فتحصّل ان مرجع جعل الخيار هوابقاء المالكيّة على ذى الخيار فيما انتقل عنه فى جهة خاصة و هى ارجاع العين الى ملكه ثانياً و ثبوت القدرة له على رفع العقد و هدمه كما أن الطلاق أو الاقالة يرفع العقد ٠

وعلى هذا فقوله تعالى أحل اللّه البيع هو جعل البيع ثابتاً فى محله فانّ معنى أحلّ هو اقرار الشئ فى محلّه أحلّه اى أمره فى محلّه وكونه ممضا فى نظر الشّارع و أن المتبايعين فى حل فى ذلك و مرخصون فى فعله و ايجاده وليس لهم منع عن ذلك وليس البيع ممنوعاً عنه فى نظره و خارجاً عن مقره فى نظر الشّارع بل واقع فى محلّه و مقرّه فان الشّارع احلّه و أقره فى مقرّه ٠

ولا شبهة أن هذا الكلام من الشّارع المقدّس امضاء لما انشأه المتبايعين و من الواضح أن المنشأ فى البيوع المطلقة أى فيما باع المالك ماله مطلقا و يبقى لنفسه جهة خاصة هو مطلق التمليك الغير المقيّد بشئ خاصّ و هو ابقاء المالكيّة لنفسه فى جهة خاصة فامضاء هذا يكون امضاءً مطلقاً فلوكان الامضاء مقيّداً لحصل التناقض فقوله تعالى أحلّ اللّه البيع هو اقراره فى مقرّه و محلّه و الموضوع فى مقرّه هو هذا العقد المطلق بحيث ليس للمالك السابق فيه مالكية على جهة خاصة كما لا يخفى و هكذا تجارة عن تراض فتدل الآيتين على اللزوم بهذا البيان ٠

قوله و منها قوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل اقول

حاصل كلامه أن الآية دلّت على حرمة الأكل و التّملّك بكل وجه باطل عرفاً الا موارد ترخيص الشّارع فانّه ليس باطلاً عرفاً و من الواضح جداً أن اخذ مال الغير و تملّكه بالفسخ من دون اذن صاحبه باطل عرفا

وفيه منع الكبرى، فانّه من أين علم أن المراد من الباطل هو الباطل العرفى و من أخبر بذلك بل الباطل هو مقابل الحق فما سوى اللّه باطل فى مقابل الحقّ جلّ وعلا و من هنا قيل أن أصدق شعر صدر فى الجاهليّة هو قول الشاعر (ألا كل شئ ماخلا اللّه باطل) والبيع حق و مقابله الرّبا باطل و هكذا فالمقصود أن الالفاظ موضوعة للمعانى الواقعية و المفاهيم العامّة فلا وجه لتخصيصه بجهة خاصّة بل ينطبق ذلك الكلّى على المصاديق وكذلك الباطل فانّه موضوع لمقابل الحقّ و هذا يختلف باختلاف الموارد فلاوجه لتخصيصه بالباطل العرفى وعليه فالتمسّك به لكون الفسخ من الباطل من قبيل التّمسّك بالعام فى الشّبهة المصداقيّة وأيضاً نمنع الصغرى فانّه من أين علم أن الفسخ باطل عرفى بل نشك فى ذلك فلايمكن التمسّك بالمطلق فى الفرد المشكوك و اثبات كونه فرداً للمطلق.

نعم يمكن التمسّك بالآية لاثبات اللزوم بمجموع المستثنى و المستثنى منه فان الآية الشّريفة فى مقام حصر التملّك الشرعى بالتّجارة عن تراض و من الواضح جداً أن التملّك بالفسخ مع عدم رض الآخر ليس منها فتدل على اللزوم .

استدل المصنف (ره) أيضاً بهذه الآية على اللزوم بدعوى أن المراد من الباطل هو الباطل العرفى وأن الفسخ من ذلك .

اقول أن المراد من الباطل ما هو مقابل الحق فان الالفاظ

موضوعة للمفاهيم العامّة فينطبق ذلك على موارده فلا وجه لتخصيص الموضوع له بالباطل العرفى و من هنا اطلق الباطل على مقابل الحق فى تعداد جنود العقل و الجهل فى رواية الكافى ، و عليه فالتمسك بالآية من قبيل التمسّك بالعام فى الشبهة المصداقيّة لانا نشك فى أن الفسخ مصداق للباطل أم لا ۰

ولو سلمنا أن المراد من الباطل الباطل العرفى ولكن يصحّ الاستدلال بالآية اذا كان خروج الموارد الّتى رخص الشّارع فى التصرّف فيها كالشفعة وحق المارة و نحوهما بالتخصيص فانّه ح يمكن أن يقال أن الفسخ ليس من الموارد الّتى خرجت عن الآية بالتخصيص فيكون التّملّك به أكلا للمال بالباطل لكونه باقياً تحت الآية ۰

و ان قلنا انّ خروجها بالتخصص كما ذكره المصنف فحينئذ لاندرى أن الفسخ من افراد الخارج أو من افراد الباقى فيكون التمسّك بالآية من قبيل التمسّك بالعام فى الشبهات المصداقية فهو لا يجوز ، نعم يجوز التمسّك بالاستصحاب و لكنّه خروج عن الفرض نعم يجوز التّمسّك بمجموع المستثنى و المستثنى منه لاثبات اللزوم كما تقدّم ۰

قوله (ره) و ممّا ذكر يظهر وجه الاستدلال بقوله عليه السلام لا يحلّ مال أمرء الخ ۰

اقول : ان كان المراد من الحلية هى الحلّيّة التكليفيّة فلا تدل الرواية على اللزوم لأن التقدير أنه لا يحلّ التصرّفات فى مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه و نشك فى أن التصرّف بعد الفسخ من التصرّف فى مال امرئ مسلم بدون اذنه أم لا لأنا نحتمل أن يكون ذلك تصرّفاً فى مال نفسه فيكون حلالاً فلايمكن التمسّك باطلاق الرّواية فى اثبات

أن هذا الفرد المشكوك مصداق للتصرّف المحرّم .

وان كان المراد من الحليّة هى الوضعية فيكون المعنى أنه لاينفذ التصرّف فى مال امرء مسلم الّا بطيب نفسه فتدل الرواية على اللزوم بدعوى أن نفوذ التصرّف فى مال الغير منحصر بكونه عن طيب نفسه ومن الواضح أن التصرّفات الواقعة بعد الفسخ ليس عن طيب نفس من المالك فلاتكون نافذة .

وأما الجامع من الحليّة التكليفيّة والحليّة الوضعيّة وان ذكرنا امكان ارادة الجامع فى قوله تعالى أحل اللّه البيع بل قلنا أنه الظاهر فان الحل بمعنى الترخيص وفى لغة الفارس (بازكردن و رها كردن) ومن الواضح أنه أعم من الوضع والتّكليف ولم يكن التفكيك بينهما مرسوماً فى السابق بل جرى عليه الاصطلاح بين الفقهاء كما ذكرناه فى أوفوا بالعقود .

ولكن لايمكن ارادة الجامع فى الرّواية فانه لو اريد من الحلية التكليفيّة فمعنى الرّواية كما عرفت أن التصرّفات الواقعة على مال امرء مسلم حرام بدون اذنه فهذا يتوقف على أن يكون التصرف التصرّف فى حال كون المال لامرء مسلم والا فلاوجه للحرمة لان كون المال لشخص آخر فى زمان سابق لايدلّ على حرمة التصرّف فى زمان متأخر ولو مع كونه ملكاً لشخص آخر أى منتقلا اليه .

وبعبارة اخرى لو أريد من الحلية التكليفيّة فظهور الرواية أن التصرّف حين كون المال لامرء مسلم حرام بدون اذنه وأما التصرف فى ماله كان لامرء مسلم سابقا فلادلالة فى الرّواية على حرمته فح لادلالة فيها على حرمة التصرف بعد الفسخ لاحتمال كونه تصرّفا فى مال نفسه

لا فی مال امرء مسلم نعم کان مالا لامرء مسلم قبل الفسخ و التمسّك بالاستصحاب خروج عن الفرض فان کلامنا فی التمسّك بالدلیل الفقاهی

و أما اذا أرید من الحلیّة الوضعیّة فمعناه کما عرفت أنه لا ینفذ التصرّف فی مال امرء مسلم الا بطیب نفسه فارادة هذا المعنی لا یتوقف ارادته علی احرازکون المال لامرء مسلم و لذا یشمل بعد الفسخ ایضا فهذا ان المعینان لایجتمعان فی الروایة أی لا یمکن ارادتهما من الروایة معاً ٠

و بعبارة اخری أن ارادة الحلیة التکلیفیّة فی الروایة متوقفة علی احرازکون المال للغیرلکی یحرم التصرّف فیه و هذا لایشمل بعد الفسخ لاحتمال خروج المال عن کونه مال امرء مسلم بالفسخ و ارادة الحلیّة الوضعیّة لاتتوقف علیه بل هی تعم بعد الفسخ ایضاً کما عرفت و من الواضح أن شموله بعد الفسخ یعدم موضوع حلیة التکلیفیة فکیف یمکن ارادتها کما لا یخفی ٠

قوله و منها قوله النّاس مسلّطون علی اموالهم اقول ذکرالمصنّف أن مقتض السلطنة التی امضاها الشّارع أن لایجوزأخذه من یده و تملّکه علیه من دون رضاه و من هنا استدل المحقّق فی الشرایع و العلامة فی بعض کتبه علی عدم جواز رجوع المقرض فیما اقرضه بأن فائدة الملك التسلّط ٠

و بالجملة رجوع الفاسخ الی ما انتقل عنه الی غیره بالعقد تملّك لمال غیره و مناف لسلطنته فتدل الروایة علی اللزوم ٠

و فیه أولاً أنها ضعیفة السند کما تقدم و ثانیاً أنها ناظرة الی ثبوت السلطنة للمالك فی جمیع تصرّفاته فی ماله من الاکل و البیع

و البذل وغيرها و أنه ليس لأحد أن يمنع من هذه التصرفات و هذا لا ينافى ثبوت جواز التصرّف لغيره ايضا بالفسخ كماوقع نظيره فى الشريعة المقدسة فان لكل من الاب و الجد سلطنة على التصرّف فى مال الصغير سلطنة مطلقة و ليس لكل منهما أن يمنع الآخر من التصرّفات وكك فى المقام فلا دلالة فى النبوى على اللزوم بوجه كما هو واضح على أن الرواية ناظرة الى اثبات السلطنة لكل أحد على ماله كماهو مقتض اضافة المال الى الملاك فتفيد الرواية ثبوت السلطنة لكل أحد على ماله و هذا لا يعارض ما يرفع موضوع تلك السلطنة اى مايكون رافعاً لها كالفسخ و بعبارة اخرى أن دليل السلطنة يثبتها فى فرض تحقق المالية وكون الشئ مالاً للشخص و هذا لا ينافى بما يكون رافعا لموضوعها فان الحكم لا يثبت موضوعا لنفسه نعم لو كان النظر فى الحديث الى مفهوم اللقب بان يكون المفهوم من قوله النّاس مسلّطون على اموالهم يعنى غير المالك ليس مسلّطا على أموال غيره لصحّ به الاستدلال ولكن مفهوم اللقب ليس بحجة كما حقق فى محله .

و منها قوله عليه السلام لا يحلّ مال امرء مسلم الا بطيب نفسه وفيه أولاً أن كان المراد من الحليّة هى التكليفيّة فلا تشمل الرواية التصرّفات بعد الفسخ للشك فى أنها محرمة أم لا لاحتمال كون الفسخ مملكاً فلايجوز التمسّك به فى الفرد المشكوك و ان كان المراد بها الحلية الوضعيّة كما هو الظاهر من كلام المصنف حيث جعل سبيل الرّواية سبيل الآية و من الواضح أنه اراد من الآية الحلية الوضعيّة حيث اخذ الاكل بمعنى التملّك لجاز التمسّك بها لاثبات اللزوم فانها تفيد حصر نفوذ التصرّف بما اذا كان بطيب النفس من المالك و من الواضح

أن الفسخ ليس منه و أما الجامع فلايمكن ارادته كما تقدم و بالجملة لو أريد من الحلية الحلية التكليفيّة لا يمكن الاستدلال بالآية على اللزوم ٠

و ثانياً : أن المراد من عدم حلّ مال امرء مسلم الا باذنه و بطيب نفسه هوعدم حلية التصرّفات المتعلّقة به و جميع التقلّبات الخارجيّة فان الحل أو الحرمة اذا تعلّقاً بالعين الخارجية فحيث لامعنى لحرمتها و حلّيّتها فلابدّ و ان يقدر فى أمثال ذلك ما يناسب الحلية أو الحرمة و المناسب لهما بمناسبة الحكم و الموضوع أما جميع الآثار أو الآثار المناسبة فالمناسب للحرمة المتعلّقة على الخمر و على المسكر هو تقدير الشرب فلا يتوهم أحد من قوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام أوغيره من الأدلة الدالة على حرمة الخمر هو البيع حتى لولم يكن هنا دليل على حرمة بيع الخمر لما أمكن استفادتها منها ، و المناسب لحرمة الامهات فى قوله تعالى تقدير التزويج فانه لايحتمل أن نظره أو خدمته أو شئ آخر يتعلّق بها حرام وعلى هذا فلابدّ هنا أيضاً من تقدير ما يصحّ تعلّق عدم الحل به والمناسب للمقام هو تقدير جميع التصرّفات الخارجية و التقلبات فى الخارج وح فمعنى الآية لايحل جميع التصرّفات و التقلّبات الخارجية فى مال امرء مسلم الا بطيب نفسه وعليه فلاتشمل التصرّفات الاعتباريّة كاعتبار ملكية مال الغير لنفسه و هكذا بالفسخ و نحوه فلاتدل الرّواية على عدم تأثير الفسخ فى حل العقد كما هو واضح ٠

و توهم أن الرّواية شاملة على التصرّفات بعد الفسخ و تدل على حرمتها أيضاً باطلاقها فتفيد اللزوم بالدلالة الالتزامية توهم فاسد لما عرفت من عدم شمولها التصرّفات بعد الفسخ لاحتمال كون

الفسخ مملكاً كما تقدّم فيكون التمسّك بها فى التصرّفات بعد الفسخ من قبيل التصرّف بالمطلق فى الفرد المشكوك والحاصل انكان نظر المصنف فى الاستدلال بالرّواية بانّه لايحل تملّك مال الغير الا باذنه بان يقدر التملّك فقط بعد الحل اى لايحل تملّك مال غيره بالبيع ونحوه الا باذنه فالرواية وان كانت تدل على اللزوم ولكنه خلاف الظاهر من الرّواية فلا يمكن ان يراد من الحليّة الحليّة الوضعيّة لمكان خلاف الظهور وان كان النظر بتقدير جميع التّصرفات كما هو الظاهر والمناسب بان يراد من الحليّة الحليّة التكليفيّة اى يحرم جميع التّصرّفات فى مال غيره الّا باذنه .

قوله ومنها قوله المؤمنون عند شروطهم أقول قد استدل به على اللزوم غير واحد من المحققين بدعوى أن المراد من الشرط مطلق الالتزام فيشمل الشروط الابتدائية أيضاً كالبيع ونحوه .

وفيه أن الاستدلال به على اللزوم ممنوع صغرى وكبرى أما الوجه فى منع الصغرى فلانا لو سلمنا اطلاق الشرط على الشروط الابتدائية فى كلمات البلغاء والفصحاء كما اطلق فى قوله عليه السلام ما الشرط فى الحيوان قال (ع) ثلثة ايام مع أنه يمكن ارجاعه الى الشرط فى ضمن الالتزام الآخر بان يقال أن امضاء البيع مشروط بكون صاحب الحيوان ذى الخيار الى ثلثة أيام ولكن اطلاق الشرط على البيع ونحوه من الالتزامات يعد فى العرف من الاغلاط فانّه لايقال لمن باع داره أنه شرط داره وكك لايقال لمن باع ماله أنه شرط ماله وهكذا بل لو اطلقه أحد على امثال ذلك فيضحك منه وانكان الاطلاق صحيحاً فى الواقع وعليه فالرّواية منصرفة عن البيع ونحوه

من الالتزامات الابتدائية وقد ناقش المصنف أيضاً فی صدق الصغری وأما الوجه فی منع الكبری فلانا لو سلمنا أن الشرط يطلق علی الالتزامات الابتدائية أيضاً ولكن نمنع وجوب الوفاء بكل شرط فان الرّواية لادلالة فيها علی ذلك لان الظاهر من قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم هو الدلالة علی الحكم التكليفی بدعوی أنه وان كان فی مقام الانشاء وجعل الحكم ولكن النكتة فی اتيان الجملة الخبرية لبيان ذلك هی بيان أن مقتضی الايمان هو كون المؤمن عند شرطه وعدم تخلفه عنه نظير قوله (ع) المؤمن عند عدته أی أن مقتضی الايمان هو أن يفی المؤمن بوعده كما أن مقتضی الايمان أن لايكذب وقد ورد فی باب الكذب أن المؤمن قد يزنی و قد يسرق ولكنه لايكذب وانما يفتری الكذب الذين لايوءمنون باللّه وعلی الاجمال فالرّواية الشريفة اخبار عن كون المؤمن عند شرطه و انه لايتخلف منه وعن وعده لان ايمانه مانع عن التخلف وعليه فتكون راجعة الی الحكم التكليفی أی يجب لكل مؤمن أن يفی بشرطه و يحرم التخلف عنه فتكون غريبة عن الدلالة علی اللزوم كما هو واضح ۰

وتوهم أن الحال كك فی أوفوا بالعقود أيضاً لانه خطاب الی المؤمنين بقوله عزمن قائل يا ايّها الذين أمنوا أوفوا بالعقود فيكون دالاً علی الحكم التكليفی توهم فاسد فانه انشاء من الاوّل فليس انشاء بالجملة الخبرية لتكون النكتة هی الاشارة الی علة الحكم نعم مقتض الخطاب الی المؤمن يقتضی خروج غير المؤمن عن الآية كما هوكك فی بقية الخطابات ولكن مقتض الاشتراك فی التكليف يقتضی التعميم فلاوجه للاختصاص هنا وفی بقية الخطابات كما لا يخفی ۰

و منها الاخبار المستفيضة فى أنّ البيّعان بالخيار ما لم يفترقا وأنّه اذا افترقا وجب البيع أقول استدل بها المصنف على اللزوم فى البيع و قد اشكل عليه المحقق الخراسانى و تبعه غير واحد ممّن تأخر عنه بانّ المستفيضة ناظرة الى لزوم البيع فى نفسه و ليست ناظرة الى لزومه من جميع الجهات كالغبن و العيب فلاتفيد اللزوم و من هنا أن أدلة سائر الخيارات لاتكون مخصصة لها ٠

و قد أجاب شيخنا الاستاذ عن ذلك و نعم ما أجاب و حاصله بتوضيح منا أن الرّوايات المذكورة انما تدل باطلاقها على اللزوم بلا شبهة و ان البيّعان انما لهما الخيار فى المجلس فقط و اذا افترقا وجب البيع بل نفس تعرض الامام عليه السلام لثبوت خيار الحيوان مع تعرضه لثبوت خيار المجلس كالصريح فى دلالة المستفيضة على اللزوم فانه (ع) بعد ما بيّن حكم خيار الحيوان قال فى جواب السائل عن الشرط فى غير الحيوان بانّ البيّعان بالخيار ما لم يفترقا و أنّه اذا افترقا وجب البيع و أنها لاخيار لهما بعد الرضا فهو كالصّريح فى دلالة المستفيضة باطلاقها على اللزوم فى خصوص البيع ٠

وعلى هذا فتكون أدلة سائر الخيارات مخصصة لها و من الغرائب ما افاده المحقق الخراسانى من عدم كون أدلة سائر الخيارات مخصّصة لها ٠

فتحصل من جميع ما تلوناه عليك أن الاصل فى جميع العقود معاوضة كانت أم لا و سواء كانت الملكية حاصلة من الاوّل أم لا أما اذا كانت الملكّية حاصلة من حين العقد وكان فيه تمليك و تملّك من الاوّل بان حصل شئ لاحد المتعاملين من الاول أم غير معاوضية

مثل الهبة و نحوها هو اللّزوم فتدلّ علی لزومها آیة حرمة أکل المال بالباطل الا أن تکون تجارة عن تراض فانه لو ملك أحد ما له لغیره ولو بعنوان الهبة المجانیة بحیث حصل التملیك و التّملّك فلا یجوز الرجوع الیه فانه تملّك لمال الغیر بدون التجارة عن تراض فهو حرام فلو لم یثبت من الخارج ما یدلّ علی جواز الرجوع فی الهبة المجانیة لقلنا بعدم جواز الرجوع فیها أیضا بمقتضی الآیة وكك یدل علی اللزوم هنا آیة أوفوا بالعقود کما هو واضح ٠

و أما العقود التی لم تحصل الملکیّة فیها من الأوّل کعقد السبق و الرّمایة و المضاربة و المساقات فانّه لم یحصل النقل والانتقال فیها من الأوّل ولا یحصل لأحد المتعاملین فیها من الأوّل مال فلا تدلّ آیة التجارة فیها علی اللزوم من الأوّل لعدم حصول المعاوضة و النقل و الانتقال و التملیك و التملّك من الأوّل حتی یکون ارجاعه تملّکاً لمال الغیر بدون الرّضا و لا یکون تجارة عن تراض و انما یحصل النقل و الانتقال بعد تحقق الشرائط کما هو واضح نعم یدلّ علی اللزوم هنا أیضاً آیة أوفوا بالعقود لتحقق العقد کما هو واضح ٠

قوله و قد عرفت أن ذلك مقتض الاستصحاب أیضاً اقول قدعرفت أن الاستصحاب لاتجری فی المقام لکونه من الشبهات الحکمیّه و قد منعنا جریانه فیها فی علم الاصول ٠

قوله و ربما یقال ان مقتض الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العین أقول حاصل کلامه أن الظّاهر من کلمات بعضهم أنا نشك فی انّ المالك هل انقطع علاقته من ملکه أم لا فنستصحب بقاء علاقته فیکون هذا الاستصحاب حاکماً علی استصحاب اللزوم و ردّ بانّه ان

أريد من تلك العلاقة علاقة الملكية أو ما يتفرّع على الملكية فهى انقطعت جزماً و ان أريد منها سلطنة أعادة العين فما دام لم ينتقل المال من ملكه الى غيره فتلك السلطنة مقطوعة العدم فانّه لامعنى لسلطنة الانسان على اعادة ماله الى ملكه وانما تحصل تلك السلطنة بعد خروجه عن ملكه و من الواضح جداً أنها مشكوكة بعد ذلك فالاصل عدمه .

قوله و ان أريد بها العلاقة التى كانت فى مجلس البيع فانها تستصحب عند الشك اقول غرضه ان اريد بها العلاقة التى كانت تحدث فى مجلس البيع فانها تستصحب عند الشك فيصير الاصل فى البيع بقاء الخيار كما يقول الاصل فى الهبة بقاء جوازها بعد التصرّف فى مقابل من جعلها لازمة بالتّصرّف .

ثمّ أجاب عنه أولاً بأن الدليل أخص من المدّعى فانّه انما يتم فى موارد ثبوت خيار المجلس وكلامنا أعم من ذلك و ثانياً يرجع الى عموم أوفوا بالعقود فى ظرف الشّك لا الى الاستصحاب .

و ثالثاً أن الاخبار قد تواتر بانقطاع السلطنة و الخيار بعد الافتراق فلامجال مع ذلك للرجوع الى الاستصحاب ثمّ أمر بالتأمّل .

اقول قد عرفت الكلام فى دلالة الاخبار المستفيضة البيّعان بالخيار ما لم يفترقا على اللزوم بناءً على تماميّة اطلاقها كما هو كك كما اختاره المصنف وعليه فلاوجه للتّمسّك بها لبيان ارتفاع خيار المجلس فانّه مع تماميّة دلالتها على اللزوم كما لامجال للتمسّك باستصحاب الخيار وكك لاوجه للتمسّك باستصحاب اللزوم فانّه مع وجود الاصل اللفظى لاتصل النّوبة الى الاصل العملى الا أن يكون غرضه من

التمسّك بالاخبار مع الاغماض عن دلالتها على اللزوم من جميع الجهات كما عليه صاحب الكفاية فانّه حينئذ يتم نفى خيار المجلس بها وثبوت اللزوم فى البيع من جهة خيار المجلس و يبقى العقد مشكوكاً من الجهات الأخر فح نتمسّك فى اثبات اللزوم للعقد من سائر الجهات باستصحاب اللزوم كما لا يخفى ٠

و من هنا ظهرت المناقشة فى تمسّكه بآية أوفوا بالعقود فانّه مع وجود العموم لامجال للاستصحاب لا استصحاب اللزوم و لا استصحاب الخيار، و لعلّه الى ما ذكرناه أشار المصنف بالامر بالتأمل ٠

قوله ثمّ انّه يظهر من المختلف فى مسألة ان المسابقة لازمة أو جائزة اقول ذكر المصنف أن العلامة ذكر فى المختلف أن المسابقة لازمة أوجائزة بأن الاصل عدم اللزوم و لم يرده من تأخرعنه الا بعموم قوله تعالى أوفوا بالعقود و لم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الاصل نعم هو حسن فى خصوص المسابقة و شبهة ممّا لا يتضمن تمليكاً أو تسليطاً ليكون الاصل بقاء ذلك الأثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين و محصل مراده أن استصحاب الملكية انّما تجرى فيما اذا كانت الملكية فعلية أى ثابتة حين العقد أى تثبت الملكية فيما ينشأ العقد وح كلما شككنا فى جواز العقد و لزومه نستصحب الملكية و نحكم باللزوم بواسطة الاستصحاب الحكمى فلامجال ح لدعوى أن الاصل عدم اللزوم بل لابدّ وأن يقال أن الاصل هو اللزوم لمكان استصحاب الملكية ٠

نعم لابأس بهذا الاصل فى مثل عقد المسابقة حيث لم تثبت فيها الملكيّة الفعليّة و انّما الملكيّة فيها تقديريّة أى تحصل الملكيّة لاحد

المسابقتين على تقدير سبقه فى المسابقة فحينئذ يقال أن الاصل عدم اللزوم هنا و ذلك لعدم حصول الملكيّة الفعليّة حتى نستصحبه فى مورد الشّك فى أن العقد جائز أو لا زم و نحكم باللزوم بل نتمسك بأصالة عدم اللزوم و نحكم بكون العقد جائزاً هذا كله مع قطع النظر عن أوفوا بالعقود و الا فمقتضاه هو اللزوم ٠

اقول كأن المصنف لم يبن المسألة على ما حررة فى الاصول من جريان الاستصحاب التعليقى مع أن المقام ليس منه بل من قبيل الاستصحاب التنجيزى و ذلك لان ما نحن فيه يشبه القضية الحقيقية فان الحكم فيها ثبت على الموضوعات المقدرة فعلاً ولكن يتنجز الحكم فيها بفعلية الموضوع أى كلما وجد الموضوع ثبت عليه الحكم بحيث أن الحكم فيها فعلى و لكن الموضوع تقديرى و كك فى المقام أن الالتزام فعلى و الملتزم به تقديرى فان المتعاملين التزما فعلاً على أن كل من سبق فله كذا و ليس الحكم هنا تعليقاً كما فى العصير العنبى فان الحكم بالنجاسة أو الحرمة فيه تعليقى أى اذا غلى ينجس لا مطلقاً فلوكان ينعكس المطلب لكان أحسن بأن يقول بجريان الاستصحاب هنا و لم يقل بجريانه فى التعليقيات فان الحكم هنا كما عرفت فعلى و الملتزم به تقديرى ٠

نعم لانقول بجريان الاستصحاب هنا من جهة عدم جريانه فى الشبهات الحكميّة لكونه دائماً معارضاً بأصالة عدم الجعل أو باستصحاب المجعول و لكن مع قطع النظر عن هذا الاشكل فلامحذور فيه كما لا يخفى ٠

فتحصل أن استصحاب الملكيّة جارية فى عقد المسابقة أيضاً

كالبيع فيكون الاصل فيه أيضاً هو اللزوم كما أن الامركك فى البيع فلاوجه للمصنف لاستثنائه خصوصاً على مسلكه نعم على مسلكنا من منع الاستصحاب فى الشبهات الحكمية فهولايجرى فافهم .

قوله ثم ان ما ذكرنا من العمومات المثبتة لاصالة اللزوم انّما هو فى الشّك فى حكم الشّارع باللزوم أقول حاصل كلامه أن ما تقدّم من التمسّك بالعمومات انّما هو فى الشّبهات الحكميّة وأما الشبهات الموضوعية بأن يقع العقد فى الخارج ولاندرى أنه من القسم الّلازم أو من القسم الجائز فانّه قلنا بجواز التّمسّك بالعمومات فى الشبهات المصداقية فايضاً لابأس بالتّمسّك بالعمومات فى الفردالمرددوالافلابد من الرجوع الى الاصل العملى وهواستصحاب الاثر أى الملكيّة و يسمى باستصحاب الحكمى .

أقول تارة يكون فى موارد الشّبهات الموضوعية أصل موضوعى يقتض الجواز فلا كلام لنا فيه كما اذا وقعت هبة فى الخارج فلا ندرى أنها من القسم اللازم أومن القسم الجائز بان نشك فى كونها على وجه قربىٍ ليدخل تحت قولهم عليهم السلام ما كان للّه لايرجع أو ليس على وجه قربى ليكون فيه حقّ الرجوع فان الاصل هنا عدم كونه على وجه قربى فيثبت الجواز وكذا اذا شككنا فى كونها لذى رحم أولغيره فنقول ان الاصل عدم كونها لذى رحم فتكون الهبة جائزة و هكذا اذا شككنا فى اللزوم و الجواز مع كونه مسبوقاً بالخيار فانّه نستصحب الخيار فنحكم بالجواز وفى جميع ذلك مقتضى الاصل الموضوعى هو الجواز .

واخرى يكون فى تلك الموارد أصل موضوعى يقتض اللزوم كما

اذا علم بأن العقد الصادر بيع و شك فى جعل الخيار فيه فالأصل أنه لم يجعل الخيار فيه فيكون لازماً و هكذا لو شك بعد سقوط خيار المجلس بتفرّق هل هنا خيار آخر أم لا فنستصحب عدمه فيحكم باللزوم .

و انّما الكلام فيما اذا لم يكن فيه أصل موضوعى يقتضى اللزوم أو يقتض الجواز فهل هنا ما يقتض اللزوم أو يقتض الجواز أم لا .

فالتزم المصنف (ره) باللزوم تمسّكاً باستصحاب الملكية و لكن جريانه هنا موقوف على جريان الاستصحاب فى الأحكام الالهية و قد قلنا بعدم جريانه فيها حتى فى الشبهات الموضوعيّة لابتلائه باصالة عدم الجعل دائماً و لم يحتمل فى حقه البداء حتى يتوهّم أنه جعل فى زمان و بداله الخطاء العياذ باللّه و نسخه فى زمان آخر بل لوكان مجعولا فهو مجعول مطلق و الا فلا و على هذا فلا يجرى استصحاب الملكيّة فى المقام لأنا نشك فى أن الملكيّة هل جعلت بعد الفسخ أم لا فنلتزم بعدم كونها مجعولة بعد الفسخ كما هو واضح لاسترة فيه وكلّما نتامل فى عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام يزداد لنا وضوحاً .

وعلى مسلكنا هذا فينحصر الجواب عن هذا الاشكال بماحققّناه فى محلّه من أصالة العدم الأزلى و توضيح ذلك انا اذا شككنا فى العقد الذى وقع فى الخارج أنه من القسم الجائز أو من القسم اللازم فنقول ان الاصل عدم كونه هبة مثلاً ليكون للواهب حقّ الرجوع و لايعارض هذا الاصل باصالة عدم كونه من البيع أو الصلح ايضاًوذلك لأن الأثر أى اللزوم انّما ترتّب على عدم كون العقد هبة لاعلى احراز

العناوين الوجودية من الصلح و البيع فباصالة عدم كونه هبة ينقح موضوع وجوب الوفاء بالعقد فيكون شاملاً عليه أيضاً ·

و بعبارة اخرى أن مقتض أوفوا بالعقود هو لزوم جميع العقود و الخارج عنه ليس الا عناوين وجودية و اذا نفينا العنوان الوجودى القائم بالعقد الجائز عن الفرد المردد بين كونه من الجائز أو من اللازم باصل العدم الازلى و قلنا انه ليس بهبة مثلاً يثبت موضوع وجوب الوفاء بالعقد فنحكم له باللزوم كما لا يخفى ·

وعلى الاجمال فعنوان العقدية تحقق بالوجدان وعدم كونه هبة يتحقق بالاصل فيحصل موضوع وجوب الوفاء بالعقود فى الخارج فيحكم بكون الفرد المشكوك من العقد بين الجواز و اللزوم لازماً هذا من جملة ثمرات القول بالعدم الازلى ·

و اذا لم نقل بهذا الاصل فلا أصل يتمسّك به لاثبات اللزوم أو الجواز فى الفرد المشكوك وعليه فتكون العين بعد رجوع المالك الاول مردداً بين كونها للمالك الاوّل على تقدير الهبة و بين كونها للمشترى على تقدير البيع و لابدّ فى بيان حكم تلك العين فى مرحلة الترافع أو فى غير مقام الترافع كما اذا مات المالك للعين بعد نقله الى شخص آخر و شك فى أن ما أوجده بيع أو هبة و فسخت الورثة فان كان بيعاً فيطالب الورثة العين ممّن انتقل اليه الثمن و الا فنطالب نفس العين و هكذا لو نسيا المتبايعان عنوان العقد من الرجوع الى الصلح أو القرعة و الا فلا أصل هنا حتى يبين حالها ·

قوله بل يرجع فى أثر كل عقد الى ما يقتضيه الاصل بالنسبة اليه أقول جميع ما ذكرناه انّما يفيد فى اثبات صفة اللزوم و أما تعيين

العقد بأنه جائز أو لازم حتى يترتب عليه جميع آثار العقد اللازم فلا وعليه فلابدّ وان يرجع فى أثر كل عقد الى ما تقيضية الاصل بالنسبة اليه الا انه فيما لم تلزم مخالفة عمليّة من اجراء الاصلين مع اجراء أصالة اللزوم وان كان كلام المصنف مطلقا من هذه الجهة حيث حكم بالبرائة تارة وبالضمان اخرى ولم يتعرّض لصورة لزوم المخالفة القطعيّة .

ولكن لابدّ فى فرض لزوم المخالفة القطعيّة من اجراء قواعد العلم الاجمالى مثلا اذا شككنا فى كون العقد هبة أو بيعا ولم يتصرف من انتقل اليه العين فيها وترجع مالك العين وفسخ العقد فانه ان كان العقد هبة تنفسخ بالفسخ وترجع العين الى مالكها الاوّل وان كان بيعاً لا يؤثر الفسخ وحينئذ لا يمكن الرجوع فى ضمان المشترى لوكان المحقق بيعاً وضمان الموهوب له على تقدير كون المحقق هبة أن يرجع الى البرائة كما هو ظاهر كلام المصنف بل بحصل العلم الاجمالى بانه امّا أن المالك الاول مستحق للعين على تقدير كون العقد هبة أو مستحق للثمن على تقدير كونه عقداً فلابدّ حينئذ من اجراء قواعد العلم الاجمالى والا فيلزم من اجراء الاصل مخالفة قطعية

(فى خيار المجلس)

قوله قدّس سرّه الاوّل فى خيار المجلس اقول ذكر المصنّف أن الخيارات كثيرة وقد أنها ها بعضهم الى السبعة وبعضهم الى ازيد من ذلك بل المذكور فى اللمعة أربعة عشرة مع عدم ذكر بعضها و لكن المناسب جعلها سبعة لان البقيه تندرج فى خيار الشرط ويقع الكلام فعلاً فى خيار المجلس واضافته الى المجلس من جهة الغلبة

كما ذكره المصنف لعدم اختصاص ثبوته بالمجلس بل يثبت فى حال قيام المتعاملين أيضاً بل لايختص بالمكان الذى وقع فيه البيع كما ذكره المصنف بل يثبت هذا الخيار فى حال مشيهم أيضاً كما اذا تعاملا فى مكان ثمّ مشيا و لكن لم يفترقا حال المشى فانه ح ايضا يثبت الخيار .

و بعبارة اخرى أن غاية هذا الخيار هو الافتراق فما لم يتحقق فى الخارج فلاوجه لسقوطه ولو سمى هذا الخيار بخيار الاجتماع كان حسناً موافقاً للاخبار ، ولا شبهة ولاخلاف فى ثبوت هذا الخيار للمتبايعين بين الامامية والنصوص به مستفيضة ففى بعضها البيعان بالخيار ما لم يفترقا و فى بعضها التاجر بالخيار و أما الموثق الحاكى لقول امام عليه السلام اذا صفق الرّجل على البيع فقد وجب فذكر المصنف أنه اما مطروح و ان كان موثقاً لكونه منافياً للضرورة و الاخبار المستفيضة أو يحمل على التقية أو يؤّل و لكن الظاهر أنه لا يحتاج على التأويل ولا على الطرح أو الحمل على التقية بل هو وارد على طبق القاعدة و ذلك لان التصفيق هو ضرب احدى اليدين على الآخر و هو كناية عن اللزوم و بهذا فسر فى اللغة و على هذا فقوله (ع) اذا صفق الرّجل على البيع كناية عن الزام البيع باسقاط الخيار و من الواضح أن لزوم البيع باسقاط خيار المجلس موافق القاعدة فلانحتاج الى طرح الموثقة أو تأويلها .

قوله مسألة لااشكال فى ثبوته للمتبايعين اذا كانا اصيلين أقول لاشبهة فى ثبوته للمتبايعين و للموكلين فى الجملة و انّما الكلام فى ثبوته لهم على وجه الاطلاق و يقع الكلام أولاً فى ثبوته للوكيل

و تفصيل الكلام فيه أن الوكيل على ثلثة اقسام الاوّل ان يكون وكيلا فى اجراء الصيغة فقط من غير أن يكون له حق التصرّف فى جهة من جهات العوضين كما هو المرسوم فى اجراء عقد النكاح و اجراء صيغة البيوع الخطيرة كثيراً حيث يوكلون أحداً فى اجراء الصيغة بحيث ليس له شأن من ذلك المعاملة الّا ان يكون كلسان الوكيل فقط ولا يكون وكيلاً فى أزيد من مجرّد كونه آلة لاجراء العقد فقط كما هو واضح .

الثانى أن يكون وكيلاً مفوضاً فى امر البيع الى أن يتم و تتحقق المعاملة فى الخارج و لا يكون وكيلاً بعد ذلك بل ينتهى أمد وكالته بعد تماميّة البيع و وجوده فى صحفة الوجود كأكثر الدلالين .

الثالث أن يكون وكيلاً مفوضاً حتى بعد تماميّة البيع بان كان له التصرّف فى العوضين و كان مسلّطاً على قلبه و انقلابه بانحاء التّصرّفات و التقلّبات من البيع ثانياً أو الايجار أو غيرهما من التصرّفات الخارجية و الاعتبارية و هذا كعامل المضاربة فانّه وكيل مفوض على وجه الاطلاق بعد البيع و قبله و بعبارة اخرى أن يكون وكيلا فى التجارة باى نحو كان .

أما القسم الاول فظاهر الحدائق ثبوته للوكيلين فى اجراء الصيغة بل يظهر منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل بزعم أن الخيار حق ثبت للعاقد بمجرّد اجرائه العقد فلا يبطل بمنع المالك و لكن المشهور عدم ثبوت الخيار له فما اختاره المصنف و استدل عليه بوجوه الاوّل : أن أدلة الخيار منصرفة عن الوكيل فى اجراء الصيغة لأن المتبادر من النص غيره .

و فيه نمنع الانصراف اذ لا نجد منشأ لذلك فان منشائه ان كان هو العادة فلا شبهة أنها صادقة عليه أيضاً لما عرفت فى أوّل البيع

أن البیع هو مبادلة مال بمال فلاشبهة فی صدق هذا المفهوم علیه اذ لم یقید هذا بکون المال للبایع بحیث یکون التبدیل بین ماله و مال شخص أخر ضرورة عدم اعتباره فی مفهوم البیع بوجه أصلا و لذا لم یستشکل أحد فی صحة بیع الولی مال المولّی علیه مع أن المال لیس للبایع وکك فی صحة بیع الوقف و بیع ثمرته وکك فی صحة بیع الوکیل المفوض مع أن المال فی تلك الموارد لیس للبایع و من الضروری أنه لایشك أحد فی صدق البایع علی الاشخاص المتصدین للبیوع المذکورة وعلی الاجمال لاوجه لدعوی انصراف مادة البیع الی غیر الوکیل فی اجراء الصیغة ·

و ان کان منشأ الانصراف دعوی انصراف هیئة البیع الذی هو الفعل عن الوکیل فی اجراء الصیغة ففیه أن الهیئة لاتدل علی ازید من انتساب المادة الی ذاتها و أما دلالتها علی خصوصیة اخری فلا کما لا یخفی ·

الثانی أن حکمة ثبوت خیار المجلس هو ارفاق المالك لکی یتروی و یلاحظ صلاحه حتی یختار ما هو الاصلح لحاله أهو الفسخ أم الامضأ و من البدیهی أن هذه الحکمة غیر جاریة فی الوکیل المذکور و الحکمة و ان لم تکن مطّرده و لکن نعلم بأن جعل هذا الخیار شرعا لیس لمن له اختیار البیع بلاموجب ·

و فیه انها لاتزید عن العلّة المستنبطة و قد حقق فی محله أنها لیست بحجة و انّما هی من القیام الذی یحرم العمل به نعم لوکانت علة منصوصة لزم العمل بها قطعاً فلاتکون مانعةً عن شمول الاطلاقات للوکیل فی اجراء الصیغة أیضاً ، علی أنها غیر داریة فی جمیع الموارد

كما اذا كان ابقاء البيع أصلح لهم بأن باع ما يحازى بدينار بخمسين دينارا مع علم المشترى بالغبن فانه لا شبهة أن ابقاء البيع على حاله وعدم فسخه أصلح لحال البايع من الفسخ و مع ذلك فله خيار المجلس

وعلى الجملة فلا وجه لرفع اليد عن المطلقات وعن شمولها للوكيل المذكور بمثل هذه الحكمة العلية نعم لهذه الحكمة وجه فيما كان دليل الخيار هو قاعدة نفى الضرر و نحوها كما اذا فرضنا أن دليل خيار الغبن هو دليل نفى الضرر فانها تقتضى ثبوته للمالك فقط لا لمجرى الصيغة ·

الثالث أن بعض أدلة خيار المجلس قد تقارن بخيار الحيوان وكونه مجعولاً للبايع و من الواضح أن خيار الحيوان مجعول للمالك فاتحاد السياق يقتض أن يكون خيار المجلس أيضاً كذلك ·

وليس هذا من باب حمل المطلقات الواردة فى جعل خيار المجلس بلا تقارن بجعل خيار الحيوان على المقيد حتى يقال أنه لا يجرى فى الأحكام الانحلالية كقوله اكرم العلماء وأكرم زيد العالم لعدم التنافى بل من جهة عدم الاطلاق للاخبار المطلقة لان الموضوع فيها من كان له خيار الحيوان أعنى المالك و بعبارة اخرى نستكشف من تقارن خيار المجلس بخيار الحيوان أن موضوع خيار المجلس من كان له خيار الحيوان فاى ربط لذلك بحمل المطلق على المقيد·

وفيه أن هذا من العجائب فانه لا ربط لخيار الحيوان بخيار المجلس أصلا فان الموضوع فى خيار الحيوان هو عنوان المالك لقوله (ع) وصاحب الحيوان بالخيار الى ثلثة أيام و موضوع خيار المجلس هو عنوان البيع وأى ربط لاحدهما بالآخر و مجرّد ذكرهما فى رواية واحدة لا يقتض

اتحاد الموضوع فهل يتوهم أحد أنه لو ذكر فى رواية أن خيار الحيوان ثابت لابن البايع أو اخيه وقد ذكر فيها أيضاً البيعان بالخيار فهل يتوهم أن موضوع خيار المجلس أيضاً هو ابن البايع باتحاد السياق ·

ومن هنا ظهر الجواب من قوله مضافا الى أدلة سائر الخيارات فان القول بثبوتها لموقع الصيغة لاينبغى من الفقيه فتحصل أنه لا يمكن رفع اليد عن الاطلاقات بمثل هذه الوجوه ·

الرابع ما هو العمدة وحاصلة أن المستفاد من أدلة هذا الخيار أنه حق وسلطنة انما ثبت لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الآخر بأن يرجعه الى ملكه ويتملكه جديداً بالفسخ بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه بان يتصرف فيه كيف يشاء ومن الواضح أن الوكيل فى اجراء العقد ليس له التسلط على التصرّف فيما انتقل الى البايع أو المشترى فليس له التسلط على ما انتقل من احدهما الى الآخر بأن يرجعه بالفسخ ·

ومن هنا لايثبت بأدلة خيار المجلس هذا التسلط لو لم يكن مفروغاً عنه فى الخارج فانه لايمكن التمسك باطلاق قولهم عليهم السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا لاثبات التسلط على ارجاع العين من الشخص الآخر بالفسخ الاترى أنه او شك المشترى فى كون المبيع ممّن ينعتق عليه لقرابة فلايجوز أن يتمسّك بأدلة خيار المجلس لاثبات السّلطنة وكك لو نذر أن يعتقة أو يصرف المبيع فى محلّ خاصّ فليس له أن يتمسك لرفع الوجوب وجواز الرجوع بأدلة الخيار ·

وفيه أن هذا الوجه بظاهره لا يترقّب صدوره من المصنّف لكونه منانياً لمبناه فانه التزم بكون مورد الخيار هوالعقد دون العين

بمعنى أن معنى الخيار هو فسخ العقد لااسترداد العين ابتداءً نعم لازم فسخ العقد هو استرجاع العين كما هو واضح .

وأما ما ذكره من الأمثلة فاجنبي عن المقام أما ماذكره من النذر فان مقتضى الاطلاقات هو ثبوت الخيار حتى فيما كان المبيع منذوراً لأن يصرف في مورد خاص غاية الأمر ان اعمال الخيار وارجاع العين الموجب لانهدام العمل بالنذر فعل محرم فيكون مخالفة لحكم تكليفي وأما عدم ثبوت الخيار هنا وعدم جواز التمسّك بالمطلقات فيه فخال عن الوجه .

وأما ما ذكره من مسألة كون المبيع ممّن ينعتق عليه فايضاً لامحذور في ثبوت الخيار هنا غاية الأمر لايرد العبد الى البايع لعدم جواز صيرورة الحر عبداً بل يرد بدله اليه وعلى الجملة فمثل هذه الامثلة لاتكون مانعة عن التمسّك باطلاق أدلة خيار المجلس كماهو واضح .

وحاصل الكلام أنه استدل المصنف على عدم ثبوت خيار المجلس للوكيل في اجراء الصّيغة بوجوه قد عرفتها مع جوابها وعمدتها وجهان الاول ما اشاراليه بقوله مضافاً الى ملاحظة بعض أخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه وبين خيار الحيوان الذى لايرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في اجراء الصيغة، اقول حاصل كلامه أن بعض اخبار خيار المجلس قد تقارن بخيار الحيوان كقوله (ع) في الصحيحة في جواب السائل ما الشرط في الحيوان قال : ثلثة أيام وقال : ماالشرط في غير الحيوان قال (ع) : البيعان بالخيار ما لم يفترقا وهذه الرواية وان كانت مطلقة وغير مقيدة بكون من له الخيار في بيع الحيوان هو

صاحب الحيوان فقط كما أن ثبوت خيار المجلس للبيع أيضا مطلق من غير أن يكون مقيداً بثبوته للمالك أو الموكل أو لهما ولكن ورد فى رواية أخرى أيضاً معتبرة أن صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثة ايام حيث ثبت الحكم لخصوص صاحب الحيوان فقط و بحسب القواعد وان لم يكن بينهما تناف و تعاند ليلزم منه حمل المطلق على المقيّد لكون كل منهما مثبتين ولكن نعلم من الخارج علماً جزمياً أن موضوع الحكم فى كلتا الروايتين هو شئ واحد و أن قوله عليه السلام صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثة ايام فى مقام التحديد فبمقتضى هذه المقدمه الخارجيه نحمل المطلق على المقيّد و نلتزم بثبوته لخصوص المالك و ان كانت الرواية المطلقة مع قطع النظر عن الرواية المقيدة تقتض ثبوت خيار الحيوان لمطلق البايع و ان كان غير المالك وعلى هذا فاتّحاد السّياق يقتضى أن لا يثبت خيار المجلس أيضا لغير المالك ٠

وفيه أن اختصاص خيار الحيوان لصاحب الحيوان لا يقتض اختصاص خيار المجلس به و الوجه فيه أن البيعان أو المتبايعان و ان استعملا فى خيارى المجلس و الحيوان فى معنى واحد و لم يختلف المستعمل فيه فيهما و لم يرد منهما المالك بل عنوان المتبايعان بحيث لو كنا و هاتان العبارتان لقلنا بثبوت كلا الخيارين لعنوان البيّع و المتبايع ولكن اختلفت الارادة الجدية بالنسبة الى خيار المجلس و خيار الحيوان حيث أريد من البيعان و المتبايعان المذكورين فى أدلة خيار المجلس عنوان البيّع و المتبايع الشامل للوكيل و الموكل معاً و أريد منهما فى خيار الحيوان المالك و صاحب الحيوان من غير تخلف فى الارادة الاستعمالية ، و الدليل على هذا التقييد هو القرينة

الخارجية حيث علم من الخارج أن قوله (ع) صاحب الحيوان بالخيار وارد مورد التحديد وأن الموضوع فى قوله انّ البيعان بالخيار فى الحيوان الى ثلثة أيام والشرط فيه هذا هو الموضوع فى قوله صاحب الحيوان بالخيار فقهراً يقيد الحكم بتقيد الموضوع ومن الواضح أنه لابعد فى اختلاف الارادة الجدية بالنسبة الى حكمين الثابتين بعبارة واحدة وباستعمال واحدة أى بان يكون الاستعمال فى أحدهما على نسق الاستعمال فى الآخر ونظير ذلك ما اذا قال الخمر حرام ونجس ويحرم بيعها وامساكها وجميع التقلب فيها ثمّ ثبت التقييد فى احدهما وقال يجوز بيعها من الكافر فهل فيه محذور عقلا او شرعا أوعرفاً وكذلك فى جميع المقامات والسّر فى ذلك ما قلنا من جواز اختلاف الارادة الجدية فى الحكمين الثابتين على موضوع واحد بحيث يكون فى احدهما مطلقاً وفى الآخر مقيداً ويكون الموضوع أيضاً مطلقاً ومقيداً ويتعدّد الموضوع بذلك الاختلاف وان كانت الارادة الاستعماليّة متحدة فى كليهما وذلك لأن التقييد انّما يثبت من الخارج وعلى الاجمال ثبوت خيار الحيوان لصاحبه لايدل على ثبوت خيار المجلس للمالك فان قرينة الاختصاص موجودة فى الاوّل دون الثانى ومن هنا ظهر أن خيار الحيوان مختص بالصاحب الحيوان ولم يثبت للمتابعين مع أن خيار المجلس ثابت لهما وان قلنا بعدم ثبوته للوكيلين فى اجراء الصيغة مع اتحاد السياق يقتضى اختصاص خيار المجلس أيضاً بواحد منهما .

على أنه لوكان مقتضى السياق اختصاص خيار المجلس بمن له خيار الحيوان لزم له الالتزام بعدم ثبوت خيار المجلس للوكيل

المفوض أيضاً مع أنه لم يستشكل احد حتى هو قدّس سرّه كما سيأتی ٠

و أما الوجه الثانی فحاصله أن خيار المجلس انّما ثبت للمتبايعين بعد الفراغ عن جواز تصرف كل منهما فيما انتقل الى نفسه و قد اثبتت أدلة الخيار المجلس لمن له هذا الشأن و من الواضح أن الوكيل فی اجراء الصيغة ليس له ذلك و لا يجوز له التصرّف فی شئ من العوضين من قبل الموكل ٠

و من هنا لو شك البايع أن المبيع هل هو ممّن ينعتق عليه أو يجب صرفه فی نفقة من يجب انفاقه أو يجب عتقه لنذر و نحوه لا يجوز أن يتمسّك بأدلة الخيار فيحكم بعدم الوجوب لأن الحكم لايثبت الموضوع لنفسه و قد عرفت أنها تثبت الخيار فی فرض تمكن ذی الخيار من التصرف فی المال الذی انتقل الى ذی الخيار و هذا المعنى موضوع للخيـار و مشكوك فيه فلايمكن اثبات الموضوع بذلك ٠

و يرد على ما ذكره أصلاً و فرعاً ٠

أما الاصل مضافاً الى أن ما ذكره خلاف ظواهر الادلة أنه مخالف لمسلكه فانّه ذكر فی مواضع متعددة من كتابه أن الخيار انّما يتعلّق بالعقد دون العين الخارجی و لذا لا يدور الخيار وجوداً و عدماً مدار بقاء العين وعدمه بل يجوز اعماله لذی الخيار حتى مع تلف العين و قد تقدم منه قدّس سرّه فی بعض تنبيهات المعاطات أن الجواز الثابت فيها غير الجواز الثابت فی غيرها بالخيار فان متعلّق الجواز فی المعاطات هو العين فلكل من المتبايعين ردّ العين و لذا سقط مع التصرف كما قيل و لكن جواز الفسخ فی العقد الخياری متعلق بالعقد و لذا يبقى مع التلف أيضاً ٠ و أيضاً ذكر فی تعريف الخيار أنه

ملك فسخ العقد وقد كرر ذكر ذلك في خلال كلماته كثيراً فلا وجه لجعل متعلق الخيار هو العوضين .

وأما الفرع الذي رتبه على الاصل المذكور فقد ظهر جوابه فما ذكرناه فان متعلق الخيار هو العقد فهو لا يرتبط بحكم آخر ثابت للعين المبيعة ولا مساس لأحدهما بالآخر أصلاً فله اي لذي الخيار أن يفسخ العقد في الموارد المذكورة وبعده يتبع في كل مورد حكمه على ما تقتضه القواعد الشرعية فان كان فيه ما يرفع التكليف المشكوك فبها والا فلابد من الامتثال .

مثلاً لو اشترى عبداً وشك في قرابته وأنه هل ممّن ينعتق على البايع أم لا فيجوز أن يتمسك بأصالة عدم النسبة بينه وبين العبد ويرده الى مالكه الاول بعد فسخ العقد وان علم بكونه ممّن ينعتق عليه فحينئذ ينعتق بمجرّد البيع وبما عرفت أن الفسخ لا يتوقف على بقاء العين ولما عرفت ان الخيار متعلق بالعين فيجوز له الفسخ ويعطى بدل العبد على مالكه وأما اذا كان المبيع ممّن يجب عتقه لنذر فاذا لم يعتقه فعل حراماً فهو لا يزاحم ولا يعارض بأدلة الخيار لعدم تعلقه بالعين حتى يصحّ التمانع بينهما وهكذا اذا كان المبيع ممّا يجب صرفه في نفقة من يجب انفاقه عليه فان في شئ من المذكورات لا يلزم ما ذكره المصنف فجواز التصرف في المبيع ليس موضوعاً لأدلة الخيار أصلاً ولا له مساس بأصل الخيار بوجه نعم لو كان الخيار متعلقاً بالعين لكان لهذا البحث مجال واسع .

وقد ذكر شيخنا الاستاد هنا وجهاً آخر وجعله محتمل كلام المصنف وحاصله أن موضوع خيار المجلس هو الذي يكون مالكا لالتزام

نفسه بحيث له أن يبقيه و له أن يرفعه بالاقالة اذا رضى الطرف الآخر بذلك و بعد الفراغ عن سلطنة كل من المتبايعين على ذلك يثبت له الخيار و جواز الفسخ فجواز الفسخ لهما متوقف على امكان الاقالة لهما وحيث ان الوكيل فى اجراء الصيغة ليس له ذلك فانه لايقدر على حل العقد بالاقالة فلايثبت جواز الفسخ بخيار المجلس أيضاً ٠

و فيه أولاً النقض بالنكاح حيث أن الخيار لاجل العيوب المعلومة ثابت فيه ولكن لاتجوز الاقالة للزوجين فلاوجه لجعل ثبوت الخيار متوقفا على جواز الاقالة ٠

و ثانيا بالحل بان يقال ان كان نظره الى توقف الفسخ بالاقالة حقيقة وأنه لايؤثر الفسخ فى مورد لااقالة فيه ففيه أن العقد شئ واحد وانّما حصل بالالتزمين من الطرفين نظير الحبلين المشدود احدهما بالأخر فانّه صار حبلاً واحداً و هذا الشئ الواحد و ان كان فى حصوله متوقفاً على التزامين من شخصين ولكن فى مقام الانحلال ينحل بانحلال من الطرفين كما فى الاقالة و من طرف واحد كما فى الفسخ و قد عرفت سابقاً ان امضاء احدهما العقد لايستلزم الامضاء و الالتزام من الطرف الآخر ولكن الفسخ من طرف يستلزم الفسخ من الطرفين لانه لايبقى مجالاً للوفاء و الوجه فيه أن الفسخ هوالحل و يعبر فى لغة الفارس بكلمه (وا كردن و باز نمودن) و هذا المعنى شئ واحد و معنى بسيط لايعقل أن يحصل من طرف ولم يحصل من طرف آخر بل اذا تحقق الحل تحقق من الطرفين ٠

و بالجملة العقد هو الالتزام من الطرفين نظير البيعة وضم احدى اليدين بالاخرى و هذا لايتحقق حصولا الا من الطرفين و

لكن انحلاله لايتوقف عليهما بل يحصل بحل واحد وقد يكون ذلك هو الاقالة اى المراضات بالحل من الطرفين وقد يكون بالفسخ و لايعقل تحقق من طرف وتوقفه على أن يتحقق من الآخر و ليس الفسخ فى طول الاقالة ولامتوقفاً عليها ولا أن بينهما تلازم بل قد يتحقق أحدها بدون الآخر وقد يجتمعان ففى النكاح يتحقق الفسخ دون الاقالة و بعد سقوط جميع الخيارات فى العقود اللازمة يتحقق الاقالة دون الفسخ وفى البيوع الخيارية يمكن الفسخ بكل من الاقالة والفسخ ·

فلا معنى لهذا الوجه أيضاً وان كان نظره الانصراف وان ادلة الخيار منصرفه الى هذا القسم فلاتثبت الخيار لغير ذلك فله وجه ولكن عرفت جوابه من أنه لامنشأ للانصراف أيضا ·

و ذكر بعض مشايخنا المحققين من أن الوكيل فى اجراء الصيغة فقط نادر فى باب المعاملات جداً لانّه لايكون الا فى غير العربى مع لحاظ صدور البيع عن صيغة لاعن التعاطى لترتيب أثار البيع بالصيغة وعلى هذا ينصرف دليل الخيار الى غير الوكيل فى اجراء الصيغة لكون ذلك للغير غالباً من حيث الوجود ·

وفيه أولاً أن غلبه الوجود لاتوجب الانصراف وقد اعترف هو بذلك مراراً عديدة فى كلماته السابقة وثانياً أن الوكيل فى اجراء الصيغة وان كان قليلاً بالنسبة الى غيره ولكنه كثير فى نفسه كما هو المتعارف فى النكاح فان المتعارف فيه كون العاقد غير الزوجين وفى البيع أن التوكيل فى اجراء الصيغة خصوصاً فى البيوع الخطيرة كثير جداً ·

فتحصل أن عمدة الوجه لعدم ثبوت الخیار للوکیل فی اجراء الصیغة هو ما ذکره المصنف قدّس سرّه من کونه موقوفاً علی جواز تصرف کل من المتبایعین فیما انتقل الیه و ما ذکره شیخنا الاستاذ من توقف الفسخ علی الاقالة و قد عرفت أن ما افاده المصنف لا دلیل علیه فی نفسه و أنه مخالف لمذهبه و ما أفاده الاستاذ مضافاً الی عدم الدلیل علیه و بطلانه فی نفسه و الجواب الحلّی عنه انّه منقوض بباب النکاح فانه ثبت الخیار فیه و لم یتوقف علی الاقالة لعدم جریانها فی النکاح ٠

ثم انّ لشیخنا الاستاذ وجه آخر فی المقام و حاصله أن ادلة الخیار انّما اثبتت سلطنة علی الفسخ لمن هو مأمور بالوفاء بالعقد ومن الواضح أن الوکیل فی اجراء الصیغة لم یشمله دلیل الوفاء بالعقد و بعبارة أخری أن أدلة الخیار انّما هی مخصصّة لقوله تعالی أوفوا بالعقود و حیث أن الآیة لم تشمل الوکیل فی اجراء الصیغة ولم یکن هو مأموراً بالوفاء بالعقد فیکون دلیل التخصص أیضاً غیر شامل له ٠

و فیه أن هذا الوجه لا بأس به بناءً علی ما ذکره المصنف قدّس سرّه فی معنی الوفاء حیث جعل الأمر ظاهراً فی الوجوب التکلیفی الذی یدلّ علی اللزوم بالدلالة الالتزامیة فان لقائل أن یقول أن وجوب الوفاء انّما هو حکم ثابت علی ذمة الملاك أو من یقوم مقامهم و أما الوکیل فی مجرّد اجراء الصیغة فلیس مأموراً بذلك فانه من الاوّل لم یجز له التصرّف فی المبیع و لا فی الثمن وك فی حال العقد و بعده فلا معنی لان یقال یحرم علیك التصرّف فی العوضین لیکون هذا الحکم شاملاً لما بعد الفسخ أیضاً حتی یتمسّك به لاثبات اللزوم ٠

وأما بناءً على ما ذكرناه من دلالة الآية على اللزوم بالمطابقة وكونها ارشاداً الى لزوم العقود من غير أن تدلّ على حكم التكليفى فلا مانع من شمولها على الوكيل فى اجراء الصيغة أيضاً فانه ليس له فسخ العقد بعد ايجاده كما لا يخفى لما عرفت أن الآية ناظرة الى أن كل من اوجد عقداً يجب عليه الوفاء به ومن جملة الموجدين للعقد هو الوكيل فى اجراء الصيغة كما هو واضح فهذا الوجه أيضاً لايتم

والتحقيق أن يقال انّ الوكيل فى مجرّد اجراء الصيغة وان صدق عليه البايع ولكن ما دلّ على ثبوت خيار المجلس انّما هو ناظر الى ثبوته للبيّع الذى كان أو البيع بيده وهو المالك أو من يقوم مقامه وذلك لأن أحل الله البيع انّما هو ناظر الى امضاء البيع فيكون دالاً على حلية البيع الصحيح وهو بيع المالك الموكل ومن الواضح ان البيع من غير المالك أو من يقوم مقامه غير صحيح من حيث انتسابه الى المالك لامن حيث صدوره من العاقد والوكيل فى اجراء الصيغة ليس مالكاً ولاقائماً مقامه فيكون خارجاً عن تحت الآية لانّه لم تمض البيع من حيث جهة الصدور أيضاً وهذا لا ينافى صدق البايع على الوكيل فى اجراء الصيغة، وعليه فادلّة خيار المجلس انّما تثبت الخيار للبيّع فى البيع الصحيح فلا تكون شاملة للوكيل فى اجراء الصيغة.

وثانياً أن الوجوه المذكورة حتى الوجه الذى ذكرناه وان لم تتم فى نفسها ولاتكون دالة على عدم ثبوت الخيار للوكيل فى اجراء الصيغة ولكنها توجب عدم تمامية مقدّمات التمسك باطلاق قولهم عليهم السلام البيعان بالخيار.

وتوضيح ذلك أن دليل خيار المجلس من قوله(ع) المتبايعان

بالخيار و قوله البيعان بالخيار انّما يدلّ على ثبوت الخيار لمطلق البيّع بالاطلاق دون العموم فان ما يدل على السريان هنا هو المحلى باللام و من الواضح أن دلالته على السريان ليس بالوضع بل بمقدّمات الحكمة فالوجوه المذكورة توجب الشك فى التمسك بالوضع بل و تماميّة مقدماته وعلى الاجمال لانطمن بشمول أدلة خيار المجلس للوكيل فى اجراء الصيغة فلا أقل من الشك على أنه لو كان مجرّد اجراء الصيغة موجبة لثبوت الخيار للمجرى لها فكان ثابتاً للفضولى أيضاً بل أولى مع أنه لم يقل به احد فتحصل أنه لايكون للوكيل فى اجراء الصيغة خيار المجلس .

و أما الوكيل المفوض فلاشبهة فى ثبوت الخيار له لكونه بيّعاً حقيقة و ان امر البيع بيده نظير الاولياء للاطفال و المجانين وغيرهما كما لايخفى و هذا كعامل القراض و نحوه .

و أما الوكيل المفوض فى الشراء فقط أو فى البيع فقط من غير أن يكون وكيلاً مفوضاً فى مطلق التصرف و لا أن تكون وكالته منحصرة فى اجراء العقد فقط بل واسطة بين الشقين فذكر المصنف (ره) أن خيار المجلس لايثبت لهذا القسم من الوكيل أيضا لانا ذكرنا أن الميزان فى ثبوت الخيار هو كون ذى الخيار متمكناً من التصرف فيما انتقل اليه قبل ثبوت حق الفسخ له و من الواضح أن الوكيل فى أمر البيع فقط أو أمر الشراء فقط ليس متمكناً من التصرف فيما انتقل الى البايع المالك أو المشترى المالك لتماميّة أمد وكالته بعد البيع والشّراء فيكون خارجا عن موضوع خيار المجلس و تبعه شيخنا الاستاذ على الوجه الذى تقدّم

بيانه فى القسم الاوّل من الوكالة و لكن عرفت عدم تماميّتهما بوجه ·

و أما بقية الوجوه لاتجرى هنا حتى ما ذكرناه من الوجهين لكونه أى هذا القسم من الوكيل بيّعا حقيقة فلاوجه لدعوى الانصراف أو غيره من الوجوه ·

و الظاهر هو ثبوت الخيار لمثل هذا الوكيل لأن أمد وكالته و أن كان يتم بتمامية البيع أو الشراء و لكن ثبوت الخيار للمتبايعين لايدور مدار عنوان الوكالة بقاءً بل المناط فى تحقق الخيار هوصدق البيّع و من الواضح أن الوكيل المفوض فى البيع أو الشّراء بيّع وان خلص أمد وكالته بعد البيع أو الشراء فنتمسّك باطلاق البيّعان بالخيار فنحكم بثبوت الخيار له وان منعه المالك عن الفسخ فكونه وكيلاً مفوضاً عند البيّع أو الشراء وصدق عنوان البيّع عليه فى تلك الحالة واسطة لثبوت الخيار له حتى بعد تمامية وكالته ·

و أما الفضوليين فلاشبهة فى ثبوت خيار المجلس لهمالما عرفت أنه انّما ثبت لمن كان البيع مستنداً اليه وكان أمر البيع بيده وأنه من لوازم البيع الصحيح وقلنا أن بيع غير المالك ليس بصحيح فان الممضى بقوله تعالى أحل اللّه البيع هو جهة انتساب البيع الى المالك لامن حيث صدوره من العاقد و من البديهى أن الفضولى أجنبى عن هذه المزايا وان صدق عليه عنوان البيّع بل هو مجرّد ألة فى انشاء البيع كالوكيل فى اجراء الصيغة وأنه كلسان الموكل والاصيل فلاوجه لثبوت الخيار للفضوليين أيضاً ·

كان الكلام فى ثبوت خيار المجلس للوكيل وعدم ثبوته له و قلنا أنه لايثبت للوكيل فى اجراء العقد فقط لاحد الامرين المتقدّمين ·

وأما الوكيل المفوّض فلاشبهة فى ثبوت الخيار له فانه لا شبهة فى صدق البيّع عليه وأن أمر البيع بيده ولا يجرى فيه شئ من الوجوه المانعة عن ثبوت خيار المجلس للوكيل فى اجراء الصيغة غير ماذكره المصنف (ره) من أن مقتض اقتران خيار المجلس فى بعض الرّوايات بخيار الحيوان يقتضى عدم ثبوت خيار المجلس لغير المالك كما هو الشأن فى خيار الحيوان فاتحاد السياق يقتض أن يثبت خيار المجلس لمن ثبت له خيار الحيوان دون غيره وان كان وكيلا مفوضاً ولا يكون له خيار المجلس بما أنه بايع وأما ثبوته له بما انه وكيل مفوض من قبل المالك وأن جميع أموره فى يده حتى أمر المعاملات من الفسخ و الامضاء فان ذلك من جهة كونه وكيلاً مفوضاً لا من جهة كونه بايعاً ٠

و على الجملة فلازم كلام المصنف من تخصيص موضوع خيار المجلس بمن له خيار الحيوان هو عدم ثبوته للوكيل المفوض أيضاً بما من المتبايعين و من البيّع لا بما هو وكيل من قبل البايع و يفسخ البيع أو يمضه بامر الموكل و توكيله كما هو واضح ٠

بعبارة اخرى هذا نقض على المصنف حيث التزم بعدم ثبوت خيار المجلس للوكيل فى اجراء الصيغة من جهة اختصاصه بمن له خيار الحيوان و مع ذلك التزم بثبوته للوكيل المفوّض مع أنه لم يثبت له خيار الحيوان ٠

و لكن قد عرفت أن مجرّد ذكر خيار الحيوان فيما ذكرفيه خيار المجلس لا يقتضى الاتحاد من جميع الجهات و على الاجمال فلاشبهة فى ثبوت هذا الخيار للوكيل المفوّض بل هو كالولى فان معنى الوكالة كما ذكروا تفويض الامر الى الوكيل و جعله مسلطاً على ما وكل لأجله

نظير السلطنة المجعولة للاولياء غايته أن سلطنة الاولياء من قبل الله تعالى و سلطنة الوكلاء من قبل الموكلين و ليس الأمر كذلك فى الوكيل فى اجراء الصيغة ٠

و أما الوكيل فى أمر البيع أو الشّراء فقط بحيث يكون وكيلاً مفوّضاً فى جهة خاصة فقط و ينتهى أمد وكالته بعد البيع فهو واسطة بين الوكيلين المتقدمين و هو من جهة يشبهه الوكيل فى اجراء الصيغة و من جهة يشبهه الوكيل المفوّض أما من حيث انه شبيه بالوكيل المفوّض من جهة كونه مستقلاً فى أمر البيع أو الشّراء و من حيث أنه شبيه بالوكيل فى اجراء الصيغة هو تمامية أمد الخيار بتمامية العقد كما أن الوكيل فى اجراء العقد كك و أما الوجوه التى ذكروها فى عدم جريان الخيار للوكيل فى اجراء الصيغة فبعضها لا يجرى فى المقام كدعوى انصراف البيّع أو المتبايع عن هذا القسم من الوكيل فانه بيع حقيقة و أما ما ذكروا من أن جعل الخيار اى خيار المجلس ارفاق للمالك فلايجرى فى حق الوكيل فهو جار فى المقام و لكن قد عرفت عدم تماميته و هذا لا يجرى فى المفوّض بالمعنى الأول فانه لا بدّ وان يلاحظ مصلحة المالك وكك يجرى فى المقام ما ذكره المصنف من أن هذا الخيار انّما جعل لمن يكون قادراً على الرّد و الوكيل المجرى للصيغة وكك الوكيل فى البيع و الشّراء ليس قادراً على رد العين و كك ما ذكره شيخنا الاستاذ من خيار المجلس مجعول لمن يكون قادرا على الاقالة فان من الواضح أن هذا الوكيل أيضاً كالقسم الأوّل من الوكيل لا يقدر على الاقالة اذا رضى بها الطرف الاخر ٠

و لكن قد عرفت أن هذا الوجه أيضاً لم يتمّ فى القسم الاوّل

فكيف فى المقام و قد عرفت أن الوجه فى عدم ثبوت هذا الخيار للوكيل فى اجراء الصيغة فقط هو أحد الامرين المذكورين و هما ايضاً لايجريان فى المقام و اذن فلامانع من ثبوت خيار المجلس هنا لاطلاق قوله عليه السلام المتبايعان أو البيّعان بالخيار ما لم يفترقا لانّه لاشبهة فى صدق البيع عليه حدوثاً فيكون ذلك موضوعاً لثبوت الخيار له حدوثاً و بقاءً و ان منعه المالك عن اعمال الخيار كما ذكره صاحب الحدائق اذ لم يقيد اطلاق الرواية بكون البيع هو المالك أو باقيا على وكالته لوكان هو غير المالك ٠

و على الجملة فكونه وكيلاً عند البيع أو الشراء فى أمرهما يوجب صدق البيّع عليهما و اذا صدق عليهما البيّع فى أن حدوث البيع يثبت الخيار مطلقاً سواء زالت الوكالة بعد ذلك التى كانت واسطة لثبوت الخيار له أم بقيت على حالها ٠ وعلى هذا فليس للمصنف نفى الخيار عن مثل هذا الوكيل أيضاً ٠

و أما ثبوته للموكا فذكر المصنف و على المختار فهل يثبت للموكلين فيه اشكال و الظاهر أن القول بثبوت خيار المجلس للموكل وعدمه لايتوقف على القول بثبوته للوكيل أصلاً فلانعرف وجهاً صحيحاً لتعليق المصنف وقوع النزاع فى ثبوت خيار المجلس للموكل أو عدمه بثبوته للوكيل وعدمه بل كل منهما أمر مستقل و بحث خاص لايرتبط بالآخر وقد يتوهم أن لأدلة الدّالة على ثبوت خيار المجلس للمتبايعان أو للبيّع منصرفة الى المالك العاقد فاذا انتفى أحد الجزئين ينتفى موضوع الخيار ، و أيضاً قيل ان الموكل لوحلف على أن لايبيع داره مثلاً فباعها وكيلها لم يحنث فلوكان يصدق عليه عنوان البايع لحصل الحنث ٠

وفيه أما دعوى الانصراف فلاوجه له لما ذكرنا أن البايع يصدق على الوكيل فى اجراء العقد فكيف لا يصدق بالموكل فلوكان الموكل حاضراً فى مجلس العقد ووكّل أحداً فى اجراء العقد لبيع داره كما هو المتعارف فى النكاح وفى المعاملات الخطيرة حقيقة يصدق أن الموكل باع داره فلاعناية فيه أصلاً ومن هنا ظهرما عن بعض مشائخنا المحققين من استناد الانصراف الى غلبة الوجود .

وأما مسألة عدم الحنث اذا حلف الموكل أن لا يبيع داره فباع وكيله فان كان قصد الموكل حين الحلف أن لا يبيع مباشرة فلاشبهة فى عدم حصول الحنث ببيع الوكيل قطعاً وان كان غرضه من ذلك أن لا يبيع على وجه الاطلاق أعم من بيع نفسه وبيع وكيله بان لا يستند اليه البيع أصلاً فلاشبهة حينئذ فى حصول الحنث بكل واحد من بيع وكيله وبيع نفسه لاستناد البيع الى الموكل حقيقة وان كان المباشر له هو الوكيل نعم لو حلف مطلقاً على أن لا يبيع داره مثلاً وكان غافلاً عن توكيل شخص آخر فى بيع داره أو ناسيا فلايحنث ببيع الوكيل فى تلك الحالة وان كان صدور البيع فى حضوره أيضاً لأن ظهور الحلف على عدم البيع فى العمل الاختيارى ففى هنا غير اختيارى لعدم التفاته بكون الوكيل فى البيع وكيلاً عنه لغفلته عن ذلك فعدم الحنث من هذه الجهة والا فصدق عليه البايع حقيقة وان كان غافلا عن وقوع البيع .

ثمّ انه لابدّ وأن يتكلّم فى ثبوت هذا الخيار وعدمه لاصناف الموكل فى مقابل أصناف الوكلاء على الترتيب الذى ذكرناه فى ثبوته وعدمه لكل واحد من الوكلاء فنقول ان كان الموكل وكل احداً فى

اجراء الصيغة فهل يثبت له الخيار أم لا فنقول تارة يكون الموكلان حاضرين فى مجلس العقد وأخرى لا يكونان حاضرين فى مجلس العقد و على الثانى قد يكونان حاضرين فى مجلس واحد حين تحقق العقد بين الوكيلين فى مجلس آخر و قد يكونان متفرقين ·

أما الأول فلاشبهة فى ثبوت الخيار للموكلين لاستناد البيع اليهما حقيقة و ان الوكيلان المجريان للعقد ليسا الا كالآلة المحضة و كونهما كاللسانين للموكلين و دعوى انصراف أدلة الخيار عن المالك غير العاقد و لذا لا ينحث لو حلف على عدم البيّع ببيع الوكيل قد تقدّم جوابهما ·

و أما اذا كان الموكلان مجتمعين فى محلّ آخر غير مجلس العقد بان جمعتهما هيئة اجتماعية فى محل واحد وكان بين الوكيلين و بينهما و اصل الصّوت بحيث علما بوقوع العقد فيصدق عليهما عنوان البيّع و لا يعتبر حضورهما فى مجلس العقد كما يظهر من شيخنا الاستاذ

و أما الثالث بان لا تجمعهما هيئة اجتماعية أصلاً بل كانا متفرقين حال العقد فلاشبهة حينئذ فى عدم ثبوت الخيار لا للوكيل ولا للموكل أما عدم ثبوته للوكيل فقد تقدم لكونه وكيلاً فى اجراء الصيغة فقط و ليس أمر البيع بيده و قد قلنا انّ الخيار انّما يثبت لمن كان أمر البيع فى يده و الوكيل فى اجراء الصيغة ليس كك ·

و أما عدم ثبوته للموكل فلانّ الخيار انّما يثبت للبيّعان فى حالة اجتماعهما الى أن يتفرقا و من الواضح انهما متفرّقان من الاوّل فلايكون ثابتاً لهما ·

كان الكلام فى ثبوت الخيار للموكل وقد عرفت أن الوكيل على ثلثة أقسام الاول أن يكون وكيلاً فى اجراء الصيغة فقط و حينئذ يكون أمر البيع بتمام المعنى فى يد الموكل و حينئذ قد يكون الموكلين أو أحدهما حاضراً فى مجلس العقد وأخرى لايكونان حاضرين فى مجلس العقد وعلى الثانى فتارة تجمعان هيئة اجتماعية فى مجلس آخر غير مجلس العقد وأخرى لايجتمعان فى محل واحد بل كانا متفرقين فى الخارج ·

أما الاول فلاشبهة فى ثبوت الخيار للموكلين الحاضرين فى مجلس العقد لاستناد البيع اليهما حقيقة و توهّم انصراف البيع عنهما الى المالك العاقد فاسد كما عرفت ، كما أن توهم استناد الانصراف الى ندرة الوجود فاسد هنا أيضاً و ان قلنا بصحته فى الوكيل فى اجراء الصيغة لان هذا القسم من الموكل كثير جداً ولافرق فى ذلك بين كونها ملتفتين بصدور العقد وعدم التفاتهما اليه ·

وأما الثانى فهو أن يكون الوكيلان مجتمعين فى مجلس آخر غير مجلس العقد و وصل اليهما أن الوكيلين من قبلكما على اجراء العقد قد أوجداً العقد فانه ح يثبت لهما الخيار بلاشبهة فانهما حقيقة متبايعان و يصدق عليهما عنوان البيّع أو المتبايع و التاجر الواردة فى الاخبار التى جعلت بهذه العناوين موضوعة لخيار المجلس و دعوى أن ثبوت الخيار لهما مشروط بحضورهما فى مجلس العقد كما عن ظاهر شيخنا الاستاذ لاوجه له فانّ الاطلاقات محكّمة عليه ·

وأما الثالث فهو أن يكونا خارجين عن مجلس العقد و كانا متفرقين فى الخارج فالظّاهر أنه لاخيار لهما ح و ذلك فان خيار

المجلس انّما هو مغيّا بغاية و هى الافتراق و من الواضح أن تلك الغاية حاصلة هنا من الأوّل فكيف يثبت لهما الخيارح و هذا لا ينا فى صدق البايع عليهما و استناد البيع اليهما فان مجرّد صدق البايع لايصحّح ثبوت الخيار عليه بل لابدّ مع ذلك من اجتماعهما فى مجلس واحد .

و بعبارة اخرى الافتراق رافع لخيار المجلس حين التحقق فلا يعقل ثبوت الحكم مع وجود الرافع من الاوّل و الا يلزم التنافى و لا يثبت للوكيل أيضاً كما عرفت لكونه وكيلاً فى اجراء العقد فقط و على هذا فهل لهما أن يوكلا الوكيلين فى اجراء العقد على هذا الخيار بان فوضاً أمره الى الوكيلين ليثبت لهما الخيارعن قبل الموكلين أم لا الظاهر لافانه لم يثبت لهما فكيف يوكلان الغير على ذلك و ان فاقد الشئ لايكون معطياً له .

و أما الوكيل المفوّض من جميع الجهات فهل يثبت معه الخيار للموكل أم لا فهو أيضاً على ثلثة أقسام : الأوّل أن يكون الموكلان حاضرين فى مجلس العقد فهذا لاشبهة أيضاً فى ثبوت الخيار لهما كما ثبت للوكيلين حينئذ فانه يصدق عليهما البيع حقيقة كما تقدم فى القسم الاول و توهم الانصراف هنا قد تقدم جوابه كما تقدم الجواب أيضاً عن انه لو حلف على عدم البيع فباع الوكيل لم ينحث .

و أما القسم الثانى فهو أن يكون الموكلان فى خارج مجلس العقد و لكن تجمعهما الهيئة الاجتماعية فى محل واحد و معامل الوكيلان المفوّضان فى محل و اخبر الموكلين بصدور العقد فانه ح حقيقة يصدق عليهما عنوان البيّع و المتبايع و التاجر التى هى موضوع

خيار المجلس ولا وجه لاعتبار حضورهما فى مجلس العقد كما عرفت فى القسم الاول أما القسم الثالث فهو أن يكون الموكلان خارجين عن مجلس العقد ولم يجتمعا فى محلّ واحد ولم تجمعهما هيئة اجتماعية فى مكان واحد وحينئذ لا يثبت لهما الخيار كما تقدّم لتحقق البيع حال التفرق وهذا نظير ما كتب كتابا الى أحد وأنشأ فيه بيع داره مثلاً ووصل الكتاب الى المشترى بعد مدة وقلنا بعدم اعتبار الموالات بين الايجاب والقبول فقبل المشترى البيع فانه لا يثبت الخيار فى أمثال ذلك فان البيع قد تحقق فى حال التفرق فلا يكون لهما الخيار .

قوله : ثمّ على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد .

أقول : بناءاً على ثبوت الخيار للموكل أيضا فاذا كانا الموكلين موجودين فى مجلس العقد مع الوكيلين المفوّضين فهل المناط فى سقوط خيارهما تفرقهما عن مجلس العقد بان يكون ثبوت خيار المجلس دائراً مدار اجتماعهما فى مجلس العقد وتفرقهما عنه واذا تفرقا عنه يسقط الخيار عنهما وعن وكيلهما والوجه فى جعل الميزان فى الثبوت الخيار وعدمه هو تفرق الموكلين وعدمه من جهة انهما اصيلين فى المعاملة وحقيقة هما بايعان فيكون المناط هو الاصلان .

ويحتمل أن يكون المناط هو تفرق الوكيلين لانهما أوجدا المعاملة وهما المناطان فى ثبوت خيار المجلس وعدمه لانهما أوجدا البيع ولو عن وكالة .

ويحتمل أن يكون المناط هو تفرق الكل فيكفى فى بقاء الخيار

بقاء احد الاصيلين مع أحد الوكيلين فى مجلس العقد فى بقاء خيار المجلس و هذا الوجه الأخير قد قواه المصنف .

و أشكل عليه شيخنا الاستاد بأن كفاية بقاء أصيل مع وكيل آخر فى مجلس العقد مع اعتباره قدس سره حضور الموكلين فى المجلس حيث قال آنفاً فالاقوى ثبوته لهما و لكن مع حضورهما فى مجلس العقد متنافيان لانه لو لم يعتبر استدامة الحضور ممّن له الخيار لم يعتبر فى الابتداء أيضاً لأن استفادة الاجتماع فى المجلس انّماهو من قوله عليه السلام ما لم يفترقا فلو صدق عدم تفرق الموكل ببقاء وكيله فى المجلس صدق اجتماعه أيضاً ابتداءً، و ان لم يكن نفس الموكل حاضراً فى المجلس رأساً .

و فيه أن هذا من غرائب الكلام شيخنا الاستاذ فان اعتبار المصنف حضور الموكلين فى مجلس العقد فى ثبوت الخيار لهما من جهة عدم تحقق موضوع الخيار بدونه فانّه انّما ثبت على الهيئة الاجتماعية و مع انتفائها ينتفى الخيار و ليس غرضه نفى الخيار عن الاصيل مع الوكيل بل من هذا جهة اعم .

و أما الالتزام بثبوت الخيار لكل واحد من الوكيل و الموكل مع بقائهما فى مجلس العقد و ان ذهب أحد الوكيلين مع الموكل الآخر بل يكفى وجود الأصيل مع الوكيل الآخر فى ثبوت الخيار حدوثاً أيضا فلاينافى هذا بالكلام السابق أصلاً فان ما هو موضوع الخيار متحقق هنا أيضاً أعنى الهيئة الاجتماعية غاية الامر هو الاجتماع بين الوكيل و الموكل الآخر .

و بعبارة أخرى أن المصنف اعتبر الاجتماع فى ثبوت خيار

المجلس ابتداءً واستدامة غاية الأمر أن الاجتماع اعم من اجتماع الوكيلين و الموكلين واحد الوكيلين مع أحد الموكلين حدوثاً و بقاءً ٠

و ما ذكره المصنف من جعل المناط فى سقوط الخيار هو تفرق الكل بحيث يكفى فى ثبوت الخيار و بقائه بقاء الاصيل مع وكيل آخر فهو الاقوى و ذلك لأن ظاهر قوله عليه السلام المتبايعان أو البيّعان أو التاجر بالخيار ما لم يفترقا هو ثبوت الخيار لطبيعى البيّع و المتبايع و جنسهما من غير اعتبار التقييد فى ذلك بان يكون المراد اجتماع الوكيلين معاً أو الموكلين كك وعليه فيكفى فى ثبوت الخيار وجود الاصيل مع الوكيل الآخر حدوثاً و بقاءً لصدق الطبيعة عليهما بلاشبهة ٠

كان الكلام فى ثبوت خيار المجلس للوكيل و قلنا بعدم ثبوته للوكيل فى اجراء الصيغة و بثبوته للوكيل المفوّض فى البيع فقط خلافا للمصنف و لشيخنا الاستاذ لاعتبارهما فى ثبوت الخيار قدرة ذى الخيار مشروط بالتصرف فيما انتقل اليه على مسلك المصنف و بقدرته على حل العقد بالاقالة على مسلك شيخنا الاستاذ و الوكيل المفوّض فى امر البيع ليس له ذلك وقد تقدّم جوابهما و قلنا ان المناط فى ثبوت الخيار صدق البيّع و هو حاصل و ان تم أمد الوكالة كما تقدّم خلافاً لصورة السابقة و أما الوكيل المفوّض فثبوت الخيار له اوضح من أن يخفى و ان كان فيه شئ بناءً على ما ذكره المصنف من تقييد ثبوت خيار المجلس بمن يثبت له خيار الحيوان ٠

ثّم انتقلنا من ذلك الى ثبوت الخيار للموكل و قلنا لا شبهة فى ثبوته للموكل الحاضر فى مجلس العقد مع كون الوكيل وكيلاً فى

اجراء العقد وكذا لا شبهة فى ثبوته للموكلين اذا اجتمعا فى مجلس غير مجلس العقد فانه لم يعتبر فى ثبوته حضورهما فى مجلس العقد كما اعتبره شيخنا الاستاذ نعم اذا كانا متفرقين فى الخارج فلا يثبت لهما الخيار لانّ البيع استند اليهما فى حال التفرق و لا يثبت للوكيل أيضاً لأن المفروض أنه وكيل فى اجراء الصيغة فقط ٠

و أما ثبوت الخيار للموكلين مع كون الوكيل مفوضاً سواء كان وكيلاً مفوّضاً فى البيع و الشّراء أو وكيلاً مفوّضاً على وجه الاطلاق ، و نفرض الكلام فى الوكيل المفوّض على وجه الاطلاق و يظهر حكم الوكيل المفوّض فى خصوص البيع و الشراء من ذلك أيضاً ٠

فنقول لا شبهة فى ثبوته للموكلين حينئذ مع حضورهما فى مجلس العقد فانّه لا شبهة فى صدق التاجر أو المتبايعين أو البيعين على كل منهما و من الواضح أن خيار المجلس ثابت لهما بالأدلة الخاصة٠

و توهم انصرافها عن ذلك الى المالك المجرى للعقد فاسد كما تقدم وكك تقدم جواب الاشكال بانّه لو حلف أن لا يبيع داره فباع وكيله لم يحنث فيعلم من ذلك أنه لا يثبت له الخيار لعدم صدق البايع عليه ٠

وكذلك لا شبهة فى ثبوته لهما اذا اجتمعا فى مجلس آخر غير مجلس العقد بأن جمعتهما الهيئة الاجتماعية فانهما أيضاً من المتبايعين فيثبت لهما الخيار فلو اخبرهما أحد أن الوكيلين من قبلكما قد اجريا العقد على السلعة الفلانية وعلما بثبوت الخيار لهما فلهما الامضاء و الفسخ ٠

و لا وجه أيضاً لاعتبار الحضور فى مجلس العقد كما يظهر من

شيخنا الاستاذ وأما لوكانا متفرقين فلايثبت لهما الخيار كماتقدم تفصيله فى القسم الاول ولايفرق فى ذلك كله بين كون الوكيلان من قبلهما مفوّضين فى البيع والشّراء فقط أو على وجه الاطلاق أو مختلفين ٠

وقد بقى الكلام فى امرين الاول أنه اذا اجتمع الموكلان و الوكيلان فى مجلس العقد فانه لاشبهة فى ثبوت الخيار لهما كما عرفت وانّما الكلام فى انه اذا أعمل كل منهما الخيار من الفسخ أو الامضاء فهل يوجب ذلك لزوم البيع أو انفساخه من قبل الجميع سواء فى ذلك الموكلان والوكيلان أم لا ٠

أما الفسخ فانه اذا تحقق من أى من الوكيلان أو الموكلين من طرف البايع أو من طرف المشترى فانه يوجب هدم البيع و انفساخه بلاشبهة والوجه فيه هو ما ذكرناه فى تعريف الخيار من أنه ملك فسخ العقد أو اقراره وقلنا هناك انه فرق بين الفسخ و الاقرار فان الامضاء والالتزام اذا تحقق من طرف واحد سواءكان من طرف المشترى أو من طرف البايع لايستلزم الامضاء من طرف الآخر فانه معنى قائم بالطرفين فيمكن الاقرار والاثبات من احد الطرفين بان يلزم أن يفسخ العقد ولايرفع اليد من التزامه ولكن يكون جائزاً من الطرف الآخر بأن يكون مختاراً فى الفسخ أو الامضاء ٠

وهذا بخلاف الفسخ فانه لايعقل أن يتحقق فسخ العقد من طرف وبقائه من طرف آخر بل بمجرّد تحققه من أحد الطرفين ينفسخ العقد من أصله وهذا لخصوصيّة فى الفسخ فانه ليس الا عبارة عن حلّ العقد وهدمه فلامعنى لان ينحلّ العقد من أحد الطرفين و يبقى من الطّرف الآخر كما هو واضح ٠

وعليه فاذا فسخ أحدهم من الوكيلين أو الموكلين من طرف البايع أو من طرف المشترى فينحل البيع من الطرفين و ينفسخ من أصله فلايبقى موقوفاً من الطرف الآخر على الفسخ أيضاً كما كان لزوم العقد من الطرفين موقوفاً على امضاء كلا الطرفين كما هو واضح ٠

و أما الامضاء و اسقاط الخيار فهل يوجب الالزام من احد الطرفين الالزام من الطرف الآخر أيضاً كما ذكره المصنف و التزم به أم لا بل يبقى الطرف الآخر باقياً على خياره ٠

و تنقيح ذلك يحتاج الى تحقيق معنى قوله عليه السلام البيّعان بالخيار ما لم يفترقا من أن المراد من البيّع هو الطبيعة أو أريد منها القضية الحقيقية ٠

و قد يقال ان المراد من قوله المتبايعان أو البيعان بالخيار ما لم يفترقا هو جنس المتبايع و البيّع اى الطبيعة الكلية بحيث اثبت الامام عليه السلام الخيار لهذه الطبيعة انما سرت و قد تكون قائمة بفرد واحد و قد تكون قائمة بافراد عديدة و لكن الثابت هو الخيار الواحد فقط القائم بالطبيعة و لايتعدد بتعدد الافراد فكلمن سبق من افراد هذه الطبيعة الى اعماله نفذ و سقط خيار الباقين بلزوم العقد كما كان الامر كك فى الانفساخ أيضاً غاية الامر اتيان البيّع أو المتبايع بكلمة التثنية فى قوله (ع) المتبايعان بالخيار أو البيّعان بالخيار ما لم يفترقا قرينة على أن الثابت للمتبايعين هو خياران أحدهما لطرف البايع و الثانى لطرف المشترى و اطلاق البيّعين على البايع و المشترى أو من جهة التغليب كاطلاق الشمسين على القمر و الشمس من باب المشاكلة و المشابهة أو من جهة صحة اطلاق البايع

على المشترى حقيقة فانه بمعنى ترك شئ وأخذ شئ آخر بدله كما فى القاموس والراغب وأما أن الثابت لكل طرف أيضاً متعدّد حسب تعدّد اشخاص هذا الطرف وذلك الطرف فلا بل ثبت الخبار لصرف الوجود .

وعلى الاجمال فظهور الروايات الدالة على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين هو أن هنا خياران قد ثبتا على طبيعين أحدهما قد ثبت على طبيعى البايع والثانى قد ثبت على طبيعى المشترى و الاتيان بكلمة التثنية أما من جهة المشاكلة أو من جهة الحقيقة كما تقدّم وهاتان الطبيعتان سواء تعددت افرادهما أو اتحدّت لكل منها خيار واحد فاىّ من افراد هذه الطبيعة سبق على اعمال الخيار بأن امضى العقد فسقط الخيار عن الباقين لأن المفروض أنه كان هنا خيار واحد قائم بهذه الطبيعة فبمجرّد اعمال فرد من هذه الطّبيعة ذلك الخيار سقط عن الباقين فان الطبيعى يحصل بصرف الوجود فقط وكك الكلام فى الطرف الآخر من الطبيعى .

وعلى هذا فلكلام المصنف مجال واسع حيث قال و ح فقد يتحقق فى عقد واحد الخيار لاشخاص كثيرة من طرف واحد أو من الطرفين فكل من سبق من أهل الطرف الواحد الى اعماله نفذ و سقط خيار الباقين بلزوم العقد أو بانفساخه فان ذلك المسألة فيما اذا ثبت للجانبين وهذا فرض من جانب واحد وليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز .

فانه على هذا قد اتضح الفرق بين هذه المسألة و مسألة تقديم الفاسخ على المجيز فان مورد المسألة الثانية هو أن يكون

الفسخ أو الامضاء من أحد طرفى العقد لا من طرف واحد فقط فانّه لاشبهة ح انه اذا فسخ أحد الطرفين انفسخ العقد من الطرفين و أما اذا أمضى أحدهما دون الآخر لايكون العقد لازماً من الطرفين و هذا هو الفارق بين المسألتين كما لايخفى .

و لكن الظاهر ليس كك فالظاهر من الروايات الدالة على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين على سبيل القضية الحقيقية كما هو كك فى جعل سائر الاحكام التكليفية و الوضعيّة فانها جعلت على الموضوعات المقدرة المفروضة وجودها و هكذا فى المقام وعلى هذا فظهور الروايات ان خيار المجلس انّما ثبت على كل من صدق عليه المتبايع و البيّع و التاجر فكل من صدق عليه شئ من هذه العناوين فله خيار المجلس و عليه فان سبق الوكيل المفوّض من جميع الجهات الى اعمال الخيار بأن أمضى العقد فيكون امضاءً من قبل الموكل أيضاً و ان كان لكل منهما خيار مستقل و لكن حيث كان الوكيل وكيلا مفوّضا فله أن يفسخ المعاملة من قبل المالك حتى فيما له خيار المجلس كما اذا حضر مجلس العقد بعد تحقق المعاملة بين موكله و شخص آخر فان له الفسخ من قبل الموكل فاذا كان الوكيل المفوّض الوارد بعد العقد له ذلك فالمفوّض الحاضر فى مجلس و الموجد للعقد أو بان يفسخ من قبل الموكل أيضاً فيكون امضاؤه استقلالاً من قبل نفسه و وكالة من قبل الموكل فيسقط خيارهما معاً حتى لو كان غافلا عن ثبوت الخيار للموكل فان الوكالة ليست من الامور التى اعتبر فيها قصد الوجه و لذا لو وكل احد شخصاً فى معاملة وعامل الوكيل تلك المعاملة بقصد الفضولية لعدم علمه بالوكالة فانه ليس للموكل أن يرد تلك المعاملة و المعاملة معها

معاملة الفضولية كما لا يخفى ٠

نعم لو قصد الموكل فى امضائه العقد و اسقاطه الخيار الحصة الخاصة من الخيار المختص لنفسه أو لموكله فلايسقط من كليهما و أما فى غير هذه الصورة فيسقط خيار الجميع بامضاء الوكيل العقد و بهذا يمتاز الوكيل المفوّض من جميع الجهات عن الوكيل المفوّض فى خصوص البيع و الشراء فقط فانه ليس له اسقاط الخيار الا من قبله لانه ليس له التصرف فى الأمور الراجعة الى الموكل فى غير البيع أو الشّراء الّذان قد حصلا و خلصت وكالته ٠

نعم لو كان الخيار ثابتاً لطبيعة البيّع و المتبايع لكان هذا القسم من الوكيل المفوّض كالمفوّض المطلق و نفس الموكل فيما ثبت له الخيار لكونه فرداً من طبيعة المتبايع و البيّع أيضاً ٠

قوله : ثمّ على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة فيه الخ ، أقول : هذا هو الأمر الثانى و حاصله ان الغاية فى خيار المجلس الثابت للموكلين و الوكيلين معاً فى مجلس العقد أى شئ هل هى تفرّق الموكلين لكونهما أصلاً فى المعاملة أو هى تفرّق الوكيلين لانهما اسبب فى ثبوت الخيار للموكلين لأنهما أوجدا المعاملة أو بتفرّق الكل فيكفى بقاء وكيل مع أصيل آخر فى مجلس العقد وجوه كماذكره المصنف أو المناط فى حصول الغاية هو تفرق واحد منهم أىّ منهم كان كما احتمله السيّد (ره) فى حاشيته وجوه ٠

و تحقيق الكلام أنه تارة نقول بثبوت الخيار للطبيعة اى طبيعة المتبايعين و البيّعين و أخرى نقول أنه حكم انحلالى الى كل ما يصدق عليه عنوان المتبايع و البيّع على سبيل القضية الحقيقية ٠

أما على الاول فلايرتفع الخيار بتفرّق بعضهم مالم يتفرق مجموعهم بان كان فى المجلس من يصدق عليه عنوان المتبايع وطبيعة البيّع و يصدق ذلك ببقاء أحد الوكيلين مع الاصيل الآخر بان يبقى فى المجلس أحد الوكيلين من طرف و أحد الاصيلين من طرف آخر و ببقاء الاصيلين و ببقاء الوكيلين و على هذا فكلام المصنف متين و لكن قد عرفت أن ارادة الطبيعة من البيّع و المتبايع وجعلها موضوع الحكم فى المقام خلاف ظواهر الأدلة فان الظاهر منها أن الخيار ثابت لبيّع على نحو القضية الحقيقية و المتبايع الذى يكون مفروض الوجود على أنه لوكان المراد من الادلة هو ذلك فلازمه القول بثبوت الخيار للموكل و ان لم يكونا مجتمعين فى مجلس واحد بل متفرقين فى الخارج فان طبيعى البيّع و المتبايع لم يحصل التفرّق فيه و مقتضى الاطلاق أن طبيعى البيّع بالخيار ما لم يحصل التفرّق بينهما و من الواضح أن الموكلين أيضاً يصدق عليهم طبيعى البيّع فيكون لهما الخيار ما لم يحصل التفرّق من الوكيلين الحاضرين فى مجلس العقد وهذا مما لم يلتزم به المصنف ولا أنه ينبغى أن يلزم به احد فيعلم من ذلك أى من عدم التزام المصنف بهذا النقض أنه لم يقل بثبوت الخيار للطبيعة و دعوى أن صدر الرواية و هو ثبوت الخيار للطبيعى البيّع معارض مع ذيله و هو ما لم يفترقا فانّه يصدق على المتفرقين انهم بيّع تفرّقوا فلازم الصدر ثبوت الخيار لمن صدق عليه البيّع حتى المتفرّقون ولازم الذيل عدم ثبوته للمتفرقين فيعارض الصدر الذيل دعوى جزافية فان انتفاء الطبيعة بانتفاء جميع افراده و لكن ثبوتها بثبوت فرد واحد منها .

و على الجملة أن ما التزم به المصنف من كون المناط فى التفرّق هو تفرّق الكل صحيح بناءً على ثبوت الخيار للطبيعة و لكنه يلازم بما لم يلتزم به أحد ٠

و أما على الثانى أعنى ثبوت الخيار على الموضوع المفروض الوجود الذى عبارة عن القضية الحقيقية فان كان الموكلان مجتمعين فى مجلس غير مجلس العقد بان جمعتهما الهيئة الاجتماعية فى مجلس واحد فلاشبهة فى أن المناط فى التفرّق الذى هو غاية للخيار هو تفرّق الموكلين عن مجلسهما كما أن المناط فى سقوط الخيار عن الوكيلين تفرقهما عن مجلس العقد فلاربط لتفرق الموكلين بالوكيلين و بالعكس ٠

و ان كان المجموع من الموكلين و الوكيلين حاضرون فى مجلس العقد فالمناط فى بقاء الخيار و سقوطه هو تفرّق أىّ منهم و بقاء الآخرين فكل من خرج عن مجلس العقد سقط خياره وكل من بقى فى المجلس فهو مختار بشرط أن يكون الباقين بعضهم من طرف البايع و بعضهم من طرف المشترى ٠

و بعبارة أخرى أن الخيار ثابت لكل ما يصدق عليه المتبايع أو التاجر أو البيّع على نحو الانحلال و الغاية فى سقوط ذلك هو التفرق فاذا بقى الوكيلين و خرج الموكلين فالخيار باق بالنسبة الى الوكيلين و ساقط عن الموكلين و ان كان العكس فالامر بالعكس وان اختلف الامر بأن بقى أحد الوكيلين من طرف مع الاصيل الأخر من طرف آخر و خرج أحد الوكيلين مع أحد الاصيلين فيبقى الخيار فى الباقين و يسقط عن الخارجين ٠

والحاصل أنه بناءً على الانحلال فكل من صدق عليه البيّع من أحد الطرفين مع ما يصدق عليه البيّع من الطرف الآخر اجتمعا فى مجلس العقد أى بقيا وان تفرق غيرهما فهما بالخيار و يسقط الخيار عن المتفرّقين لأن الغاية قد حصلت بالنسبة الى المتفرّقين ولكنها بعد لم تحصل بالنسبة الى الباقين كما هو واضح . ومن هنا ظهر بطلان سائر الوجوه المذكورة فى المقام .

قوله : وممّا ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين وان جعلنا الاجازة كاشفة أقول : قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه عدم ثبوت الخيار للفضوليين وان صدق عليهما عنوان البايع والمشترى فانّك قد عرفت ان المناط فى ثبوت خيار المجلس للبايع هو كون أمر البيع فى يده ومن الواضح أن الفضوليين ليسا كك ومن هنا ذكر المصنف أنه اذا لم يثبت الخيار للوكيلين الغير المستقلين فى التصرف فعدم ثبوته للفضوليين أولى كما لا يخفى وأما دعوى أنه لا يصدق عليهما المتبايع فقد اتضح جوابه ممّا تقدم وممّا ذكره المصنف (ره) من ان البيع هو النقل العرفى وهو موجود هنا فيصدق عليهما المتبايع وأما ثبوته للمالكين فذكر المصنف أن له وجه بعد الاجازة مع حضورهما فى مجلس العقد واعتبار مجلس الاجازة على القول بالنقل له وجه خصوصا على القول بأن الاجازة عقد مستأنف جديد على ما تقدم توضيحه فى مسألة عقد الفضولى .

وقد أمر شيخنا الاستاذ على عدم ثبوته للمالكين فى المعاملة الفضولية اذا لم يحضرا فى مجلس العقد وحضورهما فى مجلس الاجازة لا يكفى فى ثبوت الخيار لهما لان الانتقال وان حصل حال الاجازة

الا أنه لو احتمل خصوصية الاجتماع حال العقد فلامانع لهذا الاحتمال واطلاق البيّعان بالخيار ليس بصدد البيان من هذه الجهة .

أقول قد عرفت أن قوله عليه السّلام البيّعان بالخيار حكم انحلالى ثابت لكل من صدق عليه المتبايع مع حضورهما فى مجلس واحد عند العقد حتى صدق البيّع والمتبايع عليهما ومن الواضح فاذا اجاز المالكين البيع فيستند البيع اليهما ويصدق عليهما عنوان البيّع ح فيثبت لهما الخيار لتحقق موضوعه ولا يفرق فى ذلك بين الكشف والنقل فى ذلك فانه على كل حال فزمان الاجازة زمان استناد البيع الى المالكين وزمان الاستناد هو زمان صدق البيّع عليهما وهو موضوع الخيار فيثبت لهما الخيار حين الاجازة والعجب من شيخنا الاستاد كيف استشكل فى اطلاق البيّعان بالخيار مع صدق البيّع على المالكين هنا لا يقصر عن صدقه على سائر البياعين فلانعرف الفرق بين المقام وبين سائر الموارد لامن حيث مادة البيّع ولا من حيث هيئته .

(فى حكم ثبوت الخيار لشخص واحد من حيث كونه بايعا ومشتريا) .

قوله مسئلة لو كان العاقد واحداً لنفسه أو غيره اقول قد عرفت حكم ثبوت الخيار للبايع والمشترى فى صورة التعدّد سواء كانا وكليين أو موكلين أو مختلفين ، وكك لا شبهة فى ثبوت الخيار فيما اذا كان المنشئ واحداً وكان الموكلين من البايع والمشترى متعدداً وحاضرا فى مجلس العقد فانه يثبت الخيار لكل منهم ما لم يتفرقوا وانّما الاشكل فيما اذا كان شخص واحد وكيلاً من قبل كل من البايع والمشترى فانّه لاتعدد فى هذه الصورة من الطرفين ومفروض المسألة على ثلثة أقسام لان الوكيل المذكور قد يبيع من الموكل لنفسه وقد يبيع

من نفسه لموكله وقد يبيع من احد الموكلين للاخر . و هل يثبت له الخيار ح من كل من الطرفين أولا يثبت الخيار له أصلا و قد وقع الخلاف فى ذلك و الظاهر أن المعروف هوعدم ثبوت الخيار له من الطرفين و ذهب بعضهم الى ثبوته و منهم السيّد (ره) فى حاشيته و استدلوا على ثبوته بالاطلاقات الدالة على ثبوت الخيار للمتبايعين ما لم يفترقا أو حتى يفترقا . و من الواضح أن الشخص الواحد يصدق عليه البايع و المشترى باعتبارين .

و لكن الكلام فى ثبوت المانع عن ذلك فى المقام و ذكروا وجوها للمانعية الاول أن المذكور فى الروايات هو المتبايعان أو البيّعان و من الواضح ان الشخص الواحد لا يصدق عليه الاثنينية فانّ التثنيه فى حكم تكرار المفرد و مجرّد صدق العناوين المتعددة على شئ واحد لا يصح اطلاق التثنية عليه الا باعتبار هذا العنوان الانتزاعى مثلا فيقال ان له عنوانين أو عناوين .

و يمكن الجواب عنه بأن المراد من الروايات المشتملة على ذكر التثنية هو ثبوت الخيار للبايع بعنوانه و للمشترى بعنوانه فكانه (ع) قال البايع بالخيار و المشترى بالخيار ما لم يفترق أحدهما عن الآخر و هذا لا ينافى ثبوته لشخص واحد يكون مجمعاً للعنوانين فالنكتة فى الاتيان بلفظ التثنية هى كون الغالب فى البيوع تعدد المتعاملين وكون البايع غير المشترى بداهة عدم موضوعية التثنية و الاثنينية فى ثبوت الخيار و عليه فلامانع من التّمسّك بالاطلاقات الدالة على ثبوت الخيار للمتبايعين فى المقام أيضاً .

الوجه الثانى أن الحكم أعنى الخيار مغيّاً بالافتراق أوالموضوع

وهو المتعاملين مغياً بالافتراق كما ذهب اليه شيخنا الاستاذ وقلنا فى بعض المباحث الاصولية أن جميع الشروط فى القضايا الشرطية ترجع الى الموضوع وعلى كل حال فهذه الغاية مستحيلة فى شخص واحد فانه لا يعقل الافتراق هنا ومن الواضح أنه لامعنى لكون الحكم مغياً بغاية مستحيلة كما اذا قال أحد أن هذا الحكم ثابت حتى يلزم الدور أو التسلسل أو اجتماع النقيضين أو الضدين ، وهذا الوجه هو الظاهر من المصنف ٠

وفيه أولاً ما اجابه السيد نقضاً من أن الغاية المذكورة قد تكون مستحيلة فى شخصين كما اذا كانا متلاصقين فانه لاشبهة فى ثبوت الخيار لهما مع أن الافتراق فيه مستحيل أيضاً ٠ وهذا النقض لابأس به وكك يصحّ النقض بما اذا كانا متعددين غير متلاصقين ولكن كان الافتراق مستحيلاً عادة كما اذا كانا فى السجن المخلد فانه لم يتوهم أحد عدم ثبوت الخيار فى أمثال ذلك وعليه فيثبت له الخيار ولا يسقط الا بمسقط غير الافتراق ٠

وثانياً بالحل بان يقال ان الحكم وان كان مستحيل ان يكون مغياً بغاية مستحيلة كان يجعل على موضوع معلقاً باجتماع النقيضين ولكن المقام ليس كك فانه لا باس بأن يكون مغيا بغاية هى الجامع بين الممكن والمستحيل كما اذا قال المولى لاتجوز الصلوة فى الثبوت النجس حتى يغسل أو الى أن يغسل وكقوله مثلا لا تجوز أكل المتنجس الى أن يغسل أوحتى يغسل فان الغسل قد يكون مستحيل فى بعض أفراد المتنجس لكونه موجباً لانتفاء العين المغسولة ومن الواضح أن الاستحالة فى خصوص فرد لا يوجب بطلان الحكم المجعول الى

غایة جامعة بین الفرد الممکن و المستحیل و کك فی المقام فان الخیار و ان کان مغیی بغایة و هی الافتراق و لکن هذه الغایة لیست مستحیلة دائماً بل هی مستحیلة فی بعض الافراد کما عرفت فی الفروض المتقدمة فمثل هذا لا یمنع عن جعل الحکم مغیی بغایة فکما لا یمنع استحالة الغسل فی مثل السکّر و القند و الصبغ عن کون الغسل غایة لجواز أکل المتنجس أو لبسه و کك الافتراق المستحیل فی فرد خاص لا یمنع عن جعل ثبوت الخیار للمتبایعین مغیی بغایة و هی الافتراق و هل یتوهم أحد أنه یجوز أکل السکر المتنجس و الحلیب المتنجس من جهة ان استحالة الغسل فیها أوجبت سقوط الحکم بوجوب الغسل نعم فیما کانت الغایة مستحلیة من جمیع الجهات فلامعنی لکون الحکم مغیی بتلك الغایة .

کان الکلام فی ثبوت خیار المجلس لشخص واحد الذی کان وکیلاً من قبل البایع و المشتری و هو قد یبیع مال نفسه من احد الموکلین أو مشتری من أحدهما لنفسه أو یبیع من أحد الموکلین للآخر و بناءً علی ثبوت الخیار له لا یسقط الا بمسقط آخر و قد تقدّم أن المانعین عن ثبوت خیار المجلس له من الطرفین تمسکوا بوجوه الاوّل : عدم شمول الاطلاقات الدالة علی ثبوت خیار المجلس للمتبایعین لما نحن فیه فانّها تدل علی ثبوته للمتبایعین و البیّعین بحیث یکونان متعدداً و الشخص الواحد لا یکون متعدداً .

و بعبارة أخری أن الاطلاقات تدل علی ثبوت خیار المجلس للتثنیة بحیث یکون أحدهما بایعاً و الأخر مشتریاً و الشخص الواحد و ان کان یصدق علیه عنوان البایع وعنوان المشتری و لکنه لا یصدق

عليه عنوان التثنية فانها فى حكم تكرار المفرد و المفرد لايصدق عليه التكرار نعم يصدق عليه العناوين المتعدده .

وفيه أن الاتيان بالتثنية من جهة الغلبة فان الغالب أن المتصدى للبيع و الشراء هو شخصان و هذا لاينافى ثبوت الخيار للشخص الواحد أيضاً اذا تصدى للبيع و الشراء بوحدته كما يثبت له بقية احكام البايع و المشترى و الاتيان بالتثنية فى حكم أن أنّ البايع له خيار ما لم يفترق عن المشترى و المشترى له الخيار ما لم يفترق عن البايع و القرينة على هذا هو ثبوت الخيار لكل من البايع و المشترى مستقلاً من غير أن يتوقف اعماله على اعمال الطرف الآخر فالاتيان بكلمة التثنية ليس له موضوعيّة أصلاً كما هو واضح .

الثانى ما ذكره بعضهم من أن ما يكون غاية للحكم الشرعى لايمكن أن يكون مستحيلاً بل لابدّ وأن يكون أمراً ممكنا ومن الواضح أنّ التفرّق الذى غاية لثبوت الخيار للمتبايعين مستحيل فى شخص واحد فلايكون غاية لثبوت خيار المجلس له فيرتفع الخيار فى حقه نعم قد يكون الغاية المستحيلة غاية لحكم مستحيل كقوله تعالى حتى يلج الجمل فى سم الخياط ، وكقولك لاتقدر على الحركة وسكون معاً حتى يجتمع النقيضان و هذا هو الظاهر من كلام المصنف .

و فيه حلاً و نقضاً اما النقض فبما ذكره السيّد قدس سرّه من فرض المتبايعين متلاصقين فانه مع كونهما شخصين يستحيل انفكاك احدهما عن الآخر فلازم الاشكال المذكور أن لايثبت الخيار لهما أيضاً مع انه بديهى البطلان بل لازم ذلك عدم ثبوت الخيار لشخصين مع استحالة الافتراق بينهما عادة كما اذا كانا فى السجن الذى لايخرجان منه عادة .

و ثانيا بالحل و هو أن الحكم الشرعى و ان لم يكن مغيى بغاية مستحيلة و لكن لا شبهة فى جواز كونه مغيى بغاية ممكنة ولكن بعض أفراد ها ممتنعة كما مثلناه كما اذا فرضنا أن الشارع حكم بحرمة اكل المتنجس أو لبسه حتى يغسل فان تلك الغاية ممكنة فى نفسها و لكن قد تكون مستحيلة لاستحالة الغسل فى بعض المواد لزوالها بالغسل و هذا لا يوجب ارتفاع حرمة الاكل او اللبس عن تلك المورد مثلاً .

و هكذا اذا كان ثبوت الحكم للحيوان مغيى بغاية و هى الطيران فان استحالته فى الانسان لعدم وجود الجناح له لا يوجب رفع الحكم ، و ما نحن فيه من هذا القبيل فان الافتراق الجامع بين المستحيل و الممكن ممكن و لكن قد استحال ذلك فى بعض أفراد البايع و المشترى و هو ما اذا كانا المتصدى للبيع و الشراء شخص واحد الا انه لا يوجب رفع الحكم الشرعى أعنى الخيار المجلس الثابت للمتبايعين و البيّعين .

الوجه الثالث أن الغاية التى عبارة عن الافتراق غير متحقق فى الشخص الواحد لا من جهة ما تقدم من عدم جواز كون الحكم الشرعى مغيى بغاية مستحيلة بل من جهة اباء مادة الافتراق عن ذلك و توضيح ذلك أن الروايات الواردة فى اثبات خيار المجلس على طائفتين الاولى ما كان مقيداً بقيد عدمى كقوله (ع) البيّعان بالخيار ما لم يفترقا و الثانية ما كان مغيى بغاية و هو قوله (ع) البيعان بالخيار حتى يفترقا كما اشرنا الى هاتين الطائفتين فى مطاوى ما ذكرناه ولا فرق بين هاتين الطائفتين فان قوله (ع) حتى يفترقا أيضاً راجع

الى القيد العدمى من حيث المفهوم فان مفهوم حتى يفترقا ان عدم الافتراق شرط فى ثبوت الخيار فتكون كلتا الطائفتين ناظرتين الى اشتراط الموضوع بعدم الافتراق و قهراً يكون الحكم أيضا مقيداً بذلك ثمّ انّ التقابل بين الافتراق وعدم الافتر اق و ان كان هو الايجاب والسلب كما هو الشأن فى كل عدم مضاف الى شئ وبدله وليساهما كتقابل الافتراق و الاجتماع فانّهما انّما يكونان فى موضوع قابل فيكون التقابل بينهما هو العدم و الملكة فالتقابل المستفاد من الاخبار الواقع بين الافتراق وعدمه فيكون من تقابل السلب و الايجاب ، و لكن المتفاهم من القضية السالبة بحسب العرف هو أن الانتفاء انّما هو بحسب المحمول و ان كانت صادقة فى نظر العقل بانتفاء الموضوع أيضاً فانه اذا قيل انّ فلاناً ليس بوسيع الدار أو ليست زوجته جميله أو ليس له ابن يفهم أهل العرف أن له دار غير وسيعة و أن له زوجة غير جميلة و أن له زوجة و ليس له ابن لا انه ليس له هذا الامور اصلاً و ان كان ذلك أيضاً صادقاً و عليه فيكون التقابل بين الافتراق و مقابله من العدم و الملكة ٠

وعلى هذا فكلمة عدم الافتراق انّما تحقّق و تصدق فى مورد يكون قابلاً للافتراق و لكن لم يتحقق الافتراق لكى يكون السّلب بانتفاء المحمول كما هو مقتض الفهم العرفى حينئذ فيكون السلب مساوقا لثبوت الخيار للمتبايعين مع عدم التفرق فى موضوع قابل للتفرق ولو عممّنا السلب الى السلب بانتفاء الموضوع لثبت الخيار بمقتضى الاخبار فى صورة السلب بانتفاء الموضوع أيضاً بحيث يكون التقابل ح بين الافتراق وعدمه هو التقابل فى السلب و الايجاب و لكن قلنا

هو خلاف المتفاهم العرفى من القضية السالبة ·

و اذن فمحط الروايات و موضعها هو ما كان الافتراق فيه ممكناً مع حفظ الموضوع بحيث يكون الموضوع قابلا له حتى يكون الخيار مع عدم الافتراق ثابتاً للمتبايعين فتكون النتيجة ح أن الخيار غير ثابت فى صورة اتحاد البايع و المشترى اذ ليس المورد قابلا لتفرق فيكون المورد من باب السلب بانتفاء الموضوع و قد عرفت أنه بعيد عن المتعارف فلايكون مشمولاً للاخبار نعم لو عممنا مورد الاخبار للسلب بانتفاء الموضوع أيضاً لكانت شاملة لما نحن فيه ايضاً ·

و الحاصل أن مورد الاخبار ما يكون التقابل بين الافتراق و عدمه تقابل العدم و الملكة بحيث يكون المتبايعين قابلين لذلك و ما نحن فيه من قبيل السلب و الايجاب و اذا عمّمنا الاخبار الى السلب بانتفاء الموضوع ايضاً فيكون المقام مشمولاً لها و لكنه خلاف متفاهم العرف و من هنا ظهر الجواب عن نقض السيّد ره فان الشخصين المتلاصقين و ان كانا غير متفرقين و مستحيل افتراقهما و لكن عدم افتراقهما من قبيل العدم و الملكة لكونها بحسب نوعهما قابلين للافتراق و ان كانا لايقبلان ذلك بحسب التصادف فيكون الخيار ثابتاً لهما لكون الاخبار شاملة لهما كما عرفت ·

نعم لو كان الغرض من ثبوت الخيار للمتبايعين هو التروى حتى يلاحظ كل منهما صلاح نفسه بحيث يكون ذلك هو الحكمة فى جعل خيار المجلس لكان لثبوته لشخص واحد اذا كان وكيلا من الجانبين وجه وجيه و لكن لادليل على هذا الحكمة وقد تقدّم الكلام فيه ولا يمكن رفع اليد بها عن عموم الادلة و اطلاقاتها الدالة

على صحة العقود و الايقاعات فان مثل ذلك من الوجوه الاستحسانية التى لايمكن الاعتماد عليها ٠

(مسئلة فى استثناء بعض اشخاص المبيع عن ثبوت خيار المجلس) ٠

قوله مسئلة قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار اقول منها من ينعتق على أحد المتبايعين فان المشهور ذهبوا الى سقوط خيار المجلس فى ذلك بل الظاهر من كلام بعضهم انه موضع وفاق وقد استدل عليه بوجوه الاول أن البيع و الشراء المتعلقين بالعمودين ليسا من البيع و الشّراء الحقيقيين بل هما فى الحقيقة عتق فيكون البيع من البايع ايجاداً للعتق بصيغة البيع مع الضمان من المشترى وعليه فلايترتب عليه احكام البيع أصلاً و هذا الوجه هو محتمل كلام المصنف حيث عبّرعنه بالملك التقديرى والملك الفرضى فان الظاهر من ذلك أن ما يوجب حصول الملكية أعنى البيع منتف ٠

وفيه أنه لاوجه للالتزام به وانّه خلاف البداهة فانّه لماذا يترتب العتق على قصد المتبايعين الملكية خصوصا اذا كانا جاهلين بالحكم أو بالموضوع فبأى دليل يحكم بترتب العتق على البيع فانه وان كان ممكناً ولكنه لادليل عليه فانّه لو ترتب العتق على البيع يلزم أن يقع ما لم يقصد ولم يقع ما قصد نعم لو قام الدليل عليه لما كان به بأس كما هو كك فى المعاطات كما تقدم فانك قد عرفت ان مقتضى الجمع بين الادلة هو الحكم بالاباحة الشرعية على ما ذهب اليه بعضهم ٠

الوجه الثانى ما ذكره المصنف فى آخر كلامه و حاصله أن

سقوط الخيار بالتصرف الشامل للاتلاف معللاً فى أخباره بأنه رضا منه يقتضى بالفحوى و الاولوية على عدم ثبوته فى المقام لان بيع من ينعتق على المشترى اتلاف له من البايع و المشترى له فاذا كان الاتلاف رافعاً للخيار بعد ثبوته فبالأخرى أن يكون دافعاً له ٠

و يرد عليه أولاً ما اعترف به المصنف قبل كلامه هذا من اختصاص ذلك بصورة العلم منهما و لا يجرى ذلك فى فرض الجهل منهما على الحكم و الكبرى أو الجهل بالصغرى و الموضوع ٠

و ثانياً أن لازم ذلك هو سقوط الخيار من المشترى فانه اتلف المبيع و أما البايع فلاوجه لسقوط خياره و اقدامه على البيع فى صورة العلم ليس اقداماً على التلف عنه بل اقادم على التلف عن المشترى ٠

و ثالثا أنّ ما سيأتى الكلام فيه من كون التلف بل أدنى التّصرّف مسقط للخيار انّما هو بعد تمامية البيع و النقل و الانتقال لا التلف الذى يلزم من قبل القبول فانّه لا دليل على كونه مسقطا للخيار بل هو مقوم للبيع الذى موضوع الخيار فانه لايتقوم بدون القبول ٠

و بعبارة اخرى انّ التلف بل التصرف ولو كان قليلاً وان كان يوجب سقوط الخيار و لكنه واقع بعد تحقق البيع و حصوله النقل و الانتقال و اما التصرّف الحاصل بايجاد أحد ركنى البيع كما يتحقق هنا بالقبول فلايوجب سقوط الخيار و عليه فاذا فسخ كل من البايع أو المشترى العقد فيردّ بدل العين التى فى حكم التالف كما هو واضح ٠

الوجه الثالث أن فى شراء العمودين و ان كان يحصل النقل و لاانتقال حقيقة الا أنّه آنىّ فلايقبل الّا العتق فلايقبل المورد تعلّق

الفسخ و الردّ به فان الحر لا يصير عبداً وعلى هذا فادلة الخيار تكون منصرفة عن المقام ٠

و بعبارة أخرى أن منصرف أدلة الخيار صورة بقاء العوضين فاذا تلف احدهما أو كلاهما تلفا حقيقياً أو تلفاً حكمّياً و شرعياً كالانتقال الى الغير بالبيع و نحوه أو كالعتق كما فى المقام خرج المورد عن منصرف الادلة ٠

و الحاصل أن المستفاد من دليل الخيار تقوم حق الخيار بقيام العوضين امّا بتعلق الحق بهما ابتداءً أو كان الحق قائماً بالعقد و لكن ذلك لغرض استرجاع العوضين فلايكون حيث لا يكونا العوضان قائمين ٠

و فيه أن متعلق الفسخ هو العقد كما تقدم بيانه سابقاً دون العين كما هو كك فى المعاطات حيث انّ معنى تزلزل العقد هو جواز تراد العينين وعلى هذا فيجوز اعمال الخيار حتى بعد تلف أحد العوضين أو كليهما بحيث لا يكون مستنداً الى تصرف أحدهما و عليه فان كانت العين باقية فتسترجع العين و الّا فبدلها و دعوى انصراف الادلة الدالة على ثبوت الخيار الى صورة بقاء العين دعوى جزافية فانه لامنشأ له بوجه و ان كانت نتيجة فسخ العقد أيضاً هو استرجاع العين ٠

الرابع أن معنى الفسخ هو فرض كون العين تالفة فى ملك البايع فى فرض التلف بأن يفرض أن المبيع لم يكن منتقلا الى المشترى أصلاً لأن الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن و كان التصرف وقع فى ملك البايع و فرض العقد كأن لم يكن مثلاً اذا اشترى أحد من البايع

خبزاً فاكله ثمّ فسخ العقد فمعناه أن الاكل قد وقع فى ملك البايع و عليه فلايجرى ذلك فى شراء الشخص عموديه فانّه بمجرّد الاشتراء ينعتق عليه بعد حصول الملكيّة له آناً ما واذا نعتق فلا يمكن أن يفرض بالفسخ كون العتق واقعا فى ملك البايع فان العبد ليس من عمودى البايع حتى ينعتق عليه بل هو من عمودى المشترى فلايعقل جريان الفسخ هنا أصلاً فلايجرى خيار المجلس فى شراء الشخص عموديه كما هو واضح ٠

و بالجملة حيث لا يمكن فرض كون العتق فى ملك البايع لعدم كون العبد ابا له مثلاً فلايمكن فرض الفسخ هنا لعدم تحقق معناه الذى كان عبارة عن فرض كون التلف فى ملك البايع و اذا لم يجر معنى الفسخ هنا فلايجرى فيه الخيار أيضاً ٠

و فيه أولاً أن لا داعى لهذا الفرض فانه التزام به بلا ملزم و شعر بلا ضرورة فلما ذا نفرض كون الفسخ هو فرض تلف المبيع فى ملك البايع كما لا يخفى ٠

و ثانياً لازم ذلك عدم الخيار فى صورة التلف الحكمى بأن يبيع المشترى ما اشتراه من البايع الى الثالث فانه لا يمكن هنا أيضا فرض كون البيع فى ملك البايع فانه مضافاً الى أنه لا بيع الاّ فى ملك لانه وقع فى ملك المشترى أن لازم ذلك رجوع الثمن الى البايع و ليس كك قطعاً فانّه مال للمشترى فلامساس له بالبايع كما هو واضح و أما فى صورة التلف الحقيقى فلايجرى النقض لامكان فرض كون التلف فى ملك البايع فلايقاس بالتلف الحكمى مثل البيع و نحوه ٠

الوجه الخامس ما ذكره صاحب المقابيس وحاصله أن ثبوت

الخيار لمن انتقل عنه مبنى على أن الخيار و الانعتاق هل يحصلان بمجرّد البيع أو بعد ثبوت الملك أنا ما أو أن الخيار مبنى على البيع و الانعتاق مبنى على ثبوت الملك أو العكس فعلى القول بحصول الخيار و الانعتاق بمجرّد البيع أو القول بحصول الملك أو القول بكون الخيار مبنيّاً على الملك و الانعتاق على البيع فيقوى القول بعدم الخيار و الوجه فيه أن أخبار العتق النص فى مفاده والقول بالرجوع الى القيمة بعد اعمال الخيار فاسد فان القيمة بدل للعين فيمتنع استحقاقها من دون المبدل و لان حق العتق سابق لتعلقه قبل تعلّق الخيار فيكون مقدماً .

ثّم قرب ثبوت الخيار على الوجه الاخير جمعا بين الحقين و دفعا للمنافات من البين وعملاً بكلا النصين و الاجماع على عدم امكان زوال يد البايع عن العوضين و تنزيلاً للفسخ منزلة الارش مع ظهور عيب فى أحدهما و العتق بمنزلة تلف العين فكما أنه مع ظهور العيب فى أحدهما يؤخذ الارش و فى هنا يؤخذ البدل اذ لايمكن عود الحر عبداً ثم وجه ثبوت الخيار بأنه يثبت بمجرّد العقد و أن العقد علة له كما أن الملك علة للعتق فلمكان عدم الانفكاك بين العلة و المعلول فيتعين القول بثبوت الخيار بمجرّد البيع كما هو واضح .

و فيه أنه لايترتب ثمر على هذا التشقيق بوجه و لاطائل تحته أصلاً فانه ان كان المراد من تقدم الخيار على العتق هو التقدّم الطبعى فلا فائدة فيه .

و ان كان المراد به هو التقدم الزمانى فهو خارج عن المقام أما الاول فتوضيح ذلك ان كان البيع متقدماً رتبة على الملك و كان

الخيار أيضاً مترتباً على البيع فيكون مقدماً على الانعتاق رتبة لان الفرض أن الانعتاق انّما ترتب على الملك وان كان الملك متقدماً على البيع رتبة وترتب الخيار على الملك والانعتاق على البيع كان الخيار أيضاً متقدماً على الانعتاق وان كان العكس فالانعتاق مقدّم على الخيار رتبة .

وبعبارة اخرى قد يكون الخيار مقدماً على الانعتاق رتبة وقد يكون الانعتاق مقدماً على الخيار رتبة وعلى كل حال سواء كان الخيار مقدماً على الانعتاق أو الانعتاق مقدّماً على الخيار فلايترتب عليه ثمر اصلاً لأنا ذكرنا مراراً فى كثير من الابحاث أن المدار فى اجتماع الحكمين وعدمه وتقدم أحدهما على الآخر وبالعكس هو ملاحظة الاتحاد فى الزمان فبمجرّد الاختلاف بحسب الرتبة لا يفيدنا بوجه و من الواضح سواء قلنا بتقدم الخيار على الانعتاق رتبة أو بالعكس و على كل حال فموضوع كليهما اعنى البيع والانعتاق انّما تحققاً فى زمان واحد فيترتب عليهما الخيار والانعتاق أيضاً فى زمان واحد وان كان ترتب أحد الحكمين مقدماً على الآخر من حيث الرّتبة لتقدم موضوع أحدهما على الآخر كك .

وأما على الثانى بان يكون موضوع أحد الحكمين مقدماً على الآخر من حيث الزمان فيكون أحد الحكمين أيضاً مقدماً على الآخر من حيث الزمان كما اذا فرضنا فى مورد قد حصل البيع ولم يحصل الملك بعد كما فى بيع السلم فان البيع قد حصل عند اجراء الصيغة ولكن الملكية مشروطة بالقبض وعليه فان قلنا بكون الانعتاق مترتباً على البيع والخيار مترتباً على الملك فبمجرّد تحقق البيع يترتب الانعتاق

على البيع كما اذا كان الثمن عبداً فانه ينعتق على البايع الذى هو ابنه وعليه فلايبقى موضوع للخيار أصلاً فانه كان مترتباً على الملكية وهى لم تحصل بعد ولكن هذا مجرّد فرض فانه لا دليل على الانعتاق بمجرّد البيع كما هو واضح وان كان الخيار مترتباً على البيع وكان العتق مترتباً على الملك كما هو كك فح لو فسخ ذى الخيار العقد فانه لا يبقى موضوع للانعتاق وهذا الفرض صحيح ولكن كلام صاحب المقابس فى البيع المتعارف لا فى البيع السلم وقد ذكرناه من انّ الفرض خارج عن مورد كلامه على ان مفروض الكلام هو اجتماع الخيار والانعتاق فى محلّ واحد وملاحظة دليلهما وتقديم احدهما على الآخر لانصية وفى المقام لم يجتمعاً فى آن واحد بل كان الخيار مقدما على العتق موضوعاً وكان ثبوته أيضاً مقدماً عليه فاعماله لايبقى مجالاً للعتق فضلاً عن الاجتماع وعلى كل حال لم نتحصل من كلامه وتشقيقه ما يفيدنا بوجه أصلاً وعلى الجملة لم نعرف وجهاً صحيحاً وفائدةً لما تشققه وقسمه الى شقوق واقسام والحق أنه لاوجه لسقوط الخيار هنا لما ذكرناه من تعلق الفسخ بالعقد دون العين كما اعترف به صاحب المقابيس أخيراً فيكون ذلك مثل الارش .

قوله ومنها العبد المسلم المشترى من الكافر بناءً على عدم تملك الكافر المسلم اختياراً اقول من جملة الموارد التى ذكر عدم ثبوت الخيار فيها هو بيع العبد المسلم من الكافر جبراً فانه لاخيار للبايع ح والّا يلزم أن يكون مثل الاوّل ، وقد يقال فى وجه ذلك أن هذا ليس ببيع أصلاً بل هو صورة بيع نظير الوجه الاوّل الذى تقدّم فى بيع العبد ممّن ينعتق عليه فكأن هذا شئ لاستخلاص

العبد المسلم من الکافر و اعطاء ثمنه ایاه من أی شئ کان من بیت المال و نحوه ۰

و الحاصل أن خیار المجلس انّما ثبت فی البیع للمتبایعین فبیع العبد المسلم من الکافر لیس بیعاً لکی یثبت فیه الخیار بل هو استنقاذ له من الکافر و اعطاء بدله ایاه بأی نحو کان فلایثبت ح خیار المجلس کما هو واضح کما أن فی المسألة الاولی کان بیع العبد ممّن ینعتق علیه صورة بیع لکونه فی الواقع انشاء لصیغة العتق کما لا یخفی ۰

هذا و ان کان ممکناً ولکنّه خلاف ظواهر الادلة فان قوله(ع) فی عبد المسلم عند مولاه الکافر قال بیع ممّن ینعتق علیه أن الظاهر منه أنه یباع علیه حقیقة لا أنه یستنقذ منه و یعطی علیه قیمته کما توهم ۰

و قد یقال بأنّ ثبوت الخیار للبایع الکافر اثبات سبیل له علی المؤمن و هو منفیّ بنصّ الآیة الشریفة هنا فلایثبت خیار المجلس فی مثل هذا البیع ۰

ولکنك قد عرفت فی شرائط العوضین من الآیة لادلالة فیها علی عدم جواز تملك الکافر العبد المسلم فان مجرّد التملّك لیس سبیلا و انّما السبیل هو بقاء العبد تحت سلطنة الکافر و أما اذا ملکه ثم اجبر بالبیع فلاسبیل فیه وعلی تقدیر دلالتها علی عدم جواز تملك الکافر العبد المسلم انّما هو فی الملك الابتدائی بأن یشتری عبداً مسلما من شخص و أمّا الملك الاستمراری فلایکون مشمولاً للآیة بأن یبیع ما عنده من العبد ثمّ یرجعه الی ملکه بالفسخ و هذا و ان کان نحواً

من التملك ولكنه ليس مشمولاً للآية وذلك فقد عرفت مراراً أن الفسخ انّما يتعلق بالعقد ويرفع الالتزام الحاصل من المتبايعين ويترتب عليه استرداد العين ان كانت باقية وردّ البدل ان كانت العين تالفة وعليه فرد العين الى ملكه ليس تملكا جديدا كالتملّك الابتدائى بل هى مملوكة للمولى بعين الملكية السابقة غاية الامر قد كانت منقطعة بالبيع وممنوعاً عنه به وقد ارتفع المانع بالفسخ ورجع الى حاله الاولى وصار أيضاً مملوكاً لمولاه بالملكية الاولية كما هو واضح ومن هنا قال الشافعى أن الزائل العائد كأنه لم يزل وما ذكروه موافق للاعتبار وان لم يكن عليه دليل وعلى هذا فلامانع من ثبوت الخيار هنا فاذا أعمل الكافر خياره وفسخ العقد وأرجع العبد الى ملكه ثم يجبر على البيع أيضاً وعلى الجملة لانعرف وجهاً لسقوط الخيار هنا فلا يكون هذا المورد من المستثنيات كما لايخفى لاطلاق أدلة الخيارات.

وقد يقال أن رجوع العين بالفسخ الى ملك الكافر ثانياً أيضا مثل التملك الابتدائى فيكون سبيلا للكافر على المؤمن فلايجوز فلايرجع العبد المسلم الذى بيع على الكافر اليه ثانياً بالفسخ أيضاً . وقد ظهر جوابه ممّا تقدم فان الفسخ ليس من المملّكات ليكون ارجاع العين به تملكاً جديداً بل هو يرفع المانع عن استمرار الملك الاول .

وعلى تقدير صحة هذا الوجه مع القول بثبوت الخيار للكافر أيضاً كما هو مقتضى الوجه الاول لاطلاق أدلة خيار المجلس فلابدّ من الالتزام بثبوت الخيار وعدم رجوع العبد الى ملك الكافر ثانياً بل يرجع اليه بدله والحاصل أن ضم الوجه الثانى بالوجه الاول ينتج ان الكافر البايع له الخيار ولكن لايرتب على فسخه ارجاع العين

أعنی العبد بل ارجاع بدله . و الحق أن هذا ایضا لیس من المستثنیات کالمورد السابق بل أدلة خیار المجلس فی کلا الموردین محکمة .

و علی الجملة فانّا نقول بعدم ثبوت الخیار أصلاً فهو مناف لأدلة الخیار أو نقول بثبوته و لکن لا یترتب علی اعماله الا رد البدل فقط حفظاً لکلا الوجهین و جمعاً بینهما فان الفسخ لم یتعلّق بردّ العین حتی لا یمکن الجمع بین الوجهین بل تعلق بالعقد وهوفی الحقیقة یرفع الالتزام العقدی کما لا یخفی .

قوله و منها شراء العبد نفسه بناءً علی جوازه فانّ الظّاهرعدم الخیار فیه أقول قد ذکروا من جملة موارد سقوط خیار المجلس شراء العبد نفسه من سیّده فانّه بناءً علی جوازه کما هو الظّاهر لا یثبت له الخیار لعدم شمول أدلّة الخیار له .

و الوجه فی ذلك الفارق بین هذا و بین بیع العبد علی من ینعتق علیه هو أن المانع هناك انّما هو الشرع فان الانسان لا یملك عمودیه شرعا ولذا یملك آن ما لتصحیح موضوع العتق ثمّ ینعتق علیه بحیث لو لم یکن هنا مانع شرعی لملکه دائماً و لکن لمانع شرعی ینعتق علی المشتری الّا أنه ینعقد البیع و لا یمنع ذلك عن انعقاده و بقانون حکم المعاوضات اذا اعمل البایع الخیار فیرجع الی البدل کما أنه لو کان فیه عیب فیرجع المشتری الی الأرش و هذا بخلاف ما نحن فیه فان المانع هنا عقلی بداهة أن المولی انّما هو مالك للعبد بالاضافة الاعتباریة کملکه لبقیة أمواله ملکیّة اعتباریة و اذا ارتفع هذا الاعتبار فیکون العبد مالکاً لنفسه و کذا لجمیع افعاله و أعماله ملکیّة ذاتیّة

بحيث لايكون لأحد التسلط عليه وهذا عين الحرية وليس شيئاآخر ورائه ومع هذا لامعنى لاعتبار ملكّيته على نفسه لكونه لغواً محضاً كما أن اعتبار الملكيّة لكل أحد على نفسه أوعلى أعماله وذممه لغو لوجود اضافة الملكيّة فى جميع ذلك ملكيّة ذاتيّة والسلطنة الحقيقية من غير أن تقارنها سلطنة اعتبارية أصلاً وهذه السلطنة هى الّتى أشار اليها عزّ من قائل قل لااملك الا نفسى وأخى وعليه فلا معنى فى هذه الصوره شراء العبد نفسه بل هو صورة بيع وانّما حقيقته العتق فيكون ذلك نظير العبد المكاتب فانه ليس الاعتقاً و اطلاق البيع انّما هو بالمشابهة والمشاكلة كما لايخفى ·

بل نظير ذلك موجود فى هذا الزمان أيضاً فانه اذا كان شخص محكوماً بالاعدام فى المحكمة الاختصاصيّة وأعطى مالاً ونجيى عن القتل فانه يقال انه اشترى نفسه ممّن كان حاكماً على قتله و كك المقام وعليه فلامعنى لحصول البيع من الاوّل ابداً حتى آناماً فانه لايقاس بالمانع الشرعى فانه قلنا هناك بحصول الملكّية آناماً بمقتضى الجمع بين الادلّة الشرعيّة وهذا بخلاف المقام فان المانع عقلى فهو مانع من الاوّل ·

والا فلو كانت الملكيّة حاصلة آناماً لم يكن وجه للسقوط بل كان باقياً الى الأبد لعدم الدليل عليه وعلى هذا فليس المقام من المستثنيات حتى موضوعاً لعدم كونه بيعاً اصلاً كما لايخفى ·

أقول الظاهر أنه لامانع من الالتزام بصحة البيع هنا فان الشأن هنا هو الشأن فى أعمال الانسان والكلى فى الذّمة فانه يصح أن يشترى ويبيع ما فى ذمته للغير ومن الغيرغاية الامر تبدل

الملكيّة الاعتبارية بالملكيّة الحقيقية لكونه لغواً و اما عدم جواز بيع نفسه فمن جهة ما دلّ على حرمة بيع الحر فيصح بيع المولى عبده من نفسه بالملكيّة الاعتبارية و بعد الشراء يكون العبد مالكاً بالملكيه الذاتية كما انه مالك لعمله وفعله و ذمته كك ٠

قوله و فيها أيضاً أنه لو اشترى جمداً فى شدة الحر ففى الخيار اشكال أقول قد وجه المصنف بان هذا لعله من جهة احتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار الا انه لا يوجب رفع اليد عن اطلاق أدلة الخيار فانه لم يؤخذ فيها كون المبيع قابلاً للبقاء وعليه فلابأس بالحكم لثبوت الخيار بعد التلف أيضاً غاية الامر أنه اذا تحقق الفسخ فينتقل المبيع الى البدل كما هو قانون المعاوضة ولذا ذكر المحقق الثانى فى جامع المقاصد ان الخيار لا يسقط بالتلف لانه لا يسقط به اذا ثبت قبله على أنه لو كان عدم كون العين قابلة للبقاء لزم منه ما لم يلتزم به أحد من المتفقه فضلاً عن الفقيه و هو اذا كانت العادة جارية بعدم بقاء المبيع أزيد من ساعة أو نصف ساعة كالمأكولات و المشروبات بل فى غير ذلك أيضاً اذا علم المتبايعان بعدم بقاء المبيع الّا زماناً قليلاً فان المشترى بمجرّد الشراء يبيعه من غيره كما هو واضح مع أنه لم يلتزم به أحد بل ولا يمكن الالتزام به فلامناص من القول بثبوت الخيار لاطلاق الادلة ولكن تنتقل العين بعد الفسخ الى البدل ٠

و قد اشار شيخنا الاستاذ على ثبوت الخيار هنا وحاصله أن خيار المجلس انّما يثبت فيما لم يكن بناء المتعاقدين على الاعراض عن العوضين و مع علمهما بخروج المال عن المالية بمجرّد البيع اما حقيقة

أو شرعاً فقد أقدما على ذهاب مالهما و من الواضح أن فى بيع العبد ممّن ينعتق عليه أو فى شراء العبد نفسه أو فى بيع الجمد فى شدة الحر قد علما المتبايعان بأن المبيع تتلف غاية الأمر أن التلف فى الاوّلين شرعى و فى الأخير مستند الى الحرّ فالتلف عادى وعلى كل حال فلايثبت الخيار فى امثال ذلك ·

و فيه أولا أن أدلة الخيار غير مقيّدة بما ذكر بل هى تدلّ على ثبوت الخيار على وجه الاطلاق ·

و ثانياً أن متعلق الخيار و الفسخ هو العقد فهذا لا يتوقف على البناء على اعراض المتبايعين عن العوضين وعدم اعراضهما عنهما ·

و ثالثاً فلازم كلامه عدم ثبوت الخيار فيما جرت العادة بتلف المبيع أو علما بذلك بعد ساعة أو ساعتين كما اذا كان المبيع طعاما كالخبر و نحوه فان من يشترى الخبز فيأكله بعد زمان قليل فالبايع يعلم ذلك وكك أمثاله ولم يتوهم أحد سقوط الخيار هنا كما لا يخفى ·

و على كل فلانعرف وجهاً صحيحاً لما ذكره العلامه (ره) من عدم ثبوت الخيار فى بيع الجمد و نحوه ·

قوله مسئلة لايثبت خيار المجلس فى شئ من العقود سوى البيع عند علمائنا أقول لاشبهة أن مورد خيار المجلس انّما هو البيع لاختصاص الأدلة به فلايجرى فى غيره ولكن ذكر الشيخ (ره) فى المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التى يدخلها الخيار و التى لا يدخلها قال و أما الوكالة و الوديعة و العارية و القراض و الجعالة فلا يمنع من دخول الخيار فيها مانع انتهى و مراده من الخيارين

هو خيار المجلس و الشرط وحكى نحوه عن القاضى ولكن لانعرف وجهاً لثبوت الخيار هنا و من هنا ذكر العلامة فى التذكرة أن الخيار فى أمثال هذه العقود أبدى ، واحتمل فى الدروس من أن يراد من الخيار هنا عدم جواز التصرّف قبل انقضاء الخيار وو لعل مراده التصرف المرخص فيه شرعاً للقابل فى هذا العقود كما ذكره المصنّف لا الموجب اذ لامعن لتوقف جواز تصرّف المالك فى هذه العقود على انقضاء الخيار لأن أثر هذه العقود تمكن غير المالك عن التصرّف فهو الذى يمكن توقفه على انقضاء الخيار .

و الذى ينبغى أن يقال انّ غير البيع من العقود لايخلو اما لازمة أوجائزة أما الاولى ان كان لثبوت الخيار فيها معنى وجيه فانها عقود لازمة فليس لاحد المتعاملين فسخها فاذا ثبت الخيار لهما يتمكن كل منهما من الفسخ و لكنه الدليل فى مقام الاثبات قاصرفان دليل ثبوت خيار المجلس هى المطلقات الدالة على أن البيعين أو المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا أو حتى يفترقا و من الواضح أن هذه الادلة مختصة بالبيع فلاتشمل غيره .

و أما العقود الجائزة فهى جائزة بطبعها كما ذكره العلامه فلا وجه لثبوت الجواز فيها ثانياً فجعل الخيار فيها لغو محض فانّه مضافاً الى أنها فى مقام الاثبات لادليل عليه لما عرفت من اختصاص الادلّة بالبيع ففى مقام الثبوت أيضاً غير معقول فانه بعد كون الشئ جائزاً بطبعه و ذاته لامعن لثبوت الخيار له ثانياً فانه لغو محض و دعوى أن الثابت بالعرض هو الحق و الثابت بالذات دعوى جزافية فانّه سواء كان هنا أمرعرضى يكون من قبيل الحق أم لا فانّ الواهب له

أن يفسخ العقد وله الابقاء ففى هذه الجهة لاثمرة واما من جهة اسقاط الخيار وحق الفسخ فهو لا يسقط ولو اسقطه الف مرة و معه أى فائدة فى ثبوت الخيار و بالجملة انا لا نعقل معنى لثبوت الخيار فى العقود الجائزة لأنه لا دليل عليه فى مقام الاثبات .

وأمّا ما ذكره فى المبسوط فاما نحمله على ما ذكره المصنف (ره) من اشتراطها فى ضمن معاملة فانها ح تكون لازمة ولكن اذا فسخ أصل المعاملة بخيار المجلس مثلاً كالبيع أو بخيار الشرط كمطلق العقود اللازمة التى اشترط فيها لزوم عقد جائز فتكون تلك العقود الجائزة التى الشرط لزومها فيها أيضاً جائزة أى ترجع الى الحال الاولية .

وأما نقول لانفهم معن كلامه واما يحمل على سهو القلم .

(مبدء هذا الخيار من حين العقد) .

قوله مسئلة مبدء هذا الخيار من حين العقد أقول وقع الكلام فى أن خيار المجلس مختص ببعض افراد البيع أو يجرى فى جميعها فعلى القول بوجوب التقابض فى الصرف فلجريان الخيار فائدة واضحة و على القول بالعدم فالظاهر أنه لاثمرة للخيار ومن هنا فلابّد من التكلّم فى المقامين الاول فى وجوب التقابض فى الصرف والثانى فى ثبوت الخيار وعدمه .

أما المقام الاول فقد استدل عليه بوجوه الاول بقوله تعالى أوفوا بالعقود بدعوى أن الوفاء بالعقد واجب فعدم الاقباض مخالف للوفاء بالعقد فيجب الاقباض لذلك وهذا هو العمدة فى المقام .

وفيه أولاً قد ذكرنا سابقا أن معنى الوفاء هو الانهاء و الاتمام

فالامر بذلك ارشاد الى أنّ هذا الالتزام الحاصل بين المتبايعين لاينحدّ ولاينعدم فيدل على اللزوم بالمطابقة كما تقدم فلادلالة فيه على الوجوب التكليفى حتى يدلّ على وجوب التقابض تكليفا .

وبعبارة اخرى أن وجوب التقابض على القول به وجوب تكليفى فالاية الشّريفة ارشاد الى لزوم العقد فلاتدلّ على ذلك .

وثانيا : على القول بكون وجوب الوفاء تكليفاً ولكنّه انّما يفيد اذا ترتب عليه أثر فأى أثر يترتب على بيع الصرف والسلم قبل التقابض فان أثر البيع هو الملكية وهى بعد لم تحصل وعلى هذا فبيع الصّرف والسلم خارجان عن حدود وجوب الوفاء تكليفاً وعليه فلا يدلّ على وجوب التقابض كما لا يخفى .

وثالثا : على القول بترتب الأثر أيضاً فالعقد هنا لم يتم فانه انّما يتم اذا كان موجباً لحصول الملكيّة ومن الواضح أنه موقوف على التقابض وهو بعد لم يحصل فلايكون العقد حاصلاً .

وبعبارة أخرى العقد هو الالتزام الحاصل من الطرفين بان التزم كل منهما بأن يكون ماله للآخر فى مقابل مال الآخر وهذا المعنى بعد لم يحصل فكيف يكون هذا واجب الوفاء كما لا يخفى .

واما وجوب التقابض فى بقية فليس من جهة أوفوا بالعقود بل من جهة حرمة التصرّف فى مال غيره بدون اذنه فان كل من العوضين صار مالاً للآخر فلابدّ من دفعه الى صاحبه وأما فى بيع الصّرف والسلم فليس كك .

الوجه الثانى ما ذكره العلامة من أن وجوب التقابض فى الصّرف والسلم من جهة شباهة ذلك بالرباء فانه مع التأخير يكون

الأجل أيضا قسطا من الثمن فيكون زائداً على الثمن تقريباً فيشبة الرّبا ٠

وفيه أن هذا الوجه عجيب من العلامة بل هو شبيه بالوجوه التى تذكر فى كتب العامة فانّه يردّ عليه أولاً : أن الدليل اخص من المدعى حيث ان ذلك لو تم انّما يتم فيما اذا كان العوضين كلاهما من جنس واحد وأما لو كان أحدهما ذهبا و الأخر فضة فلايلزم ذلك ٠

و ثانياً أيضاً ذلك أى كون الدليل اخص من المدعى أن هذا انّما يتم فى الطرف الذى لم يقبض بعد لا من الطرفين حتى من طرف من أقبضه كما لا يخفى ٠

و ثالثا : أنّ الشبيه بالربا ليس بحرام ما لم يكن بنفسه رباً و الا يلزم أن يكون كل ما يكون شبيها بالحرام حراماً فالخمر حرام و لكن للشبيه بالخمر ليس بحرام و الزنا حرام و الشبيه بالزنا ليس بحرام و هكذا فان دليل الحرمة لايدل الا على حرمة الشئ بنفسه لاعلى حرمة مشابهاته ٠

الوجه الثالث الاخبار الوارد فى بيع الصرف و السلم الظاهرة فى وجوب التقابض فى المجلس كقوله عليه السلام(١) و ان نزى حائطا فانز معه وكذلك غيره من الاخبار كقوله (ع) يداً بيد ، فيعلم من ذلك أن التقابض فى المجلس واجب و الا لم يقل عليه السّلام فان نزى حائطا فانز معه فكأن وجوب تعقيب أحدهما الأخر من جهة التقابض

١ـ وسائل ج ١٢ ص ٤٥٩ ٠

لا من جهة وجوب النزو فی نفسه .

وفيه أن الامر بالنزو ارشاد الى اعتبار الاجتماع فی المجلس وأنه يبطل العقد بدونه قبل القبض والا لكان النزو على الحائط واجباً مع أنه لم يتوهم أحد ذلك فيعلم أن ذلك ارشاد الى انحلال العقد بالتفرق قبل التقابض وأن من يريد بقاء العقد وعدم بطلانه فلابدّ وأن يصاحب رفيقه حتى لو نزى هو على الحائط فبنزو صاحبه عليه أيضاً فيدل الحديث على مبطلية التفرق قبل القبض .

وأما المقام الثانی أعنی ثبوت الخيار فی بيع الصرف والسلم فيقع الكلام هنا أيضاً فی مقامين الاول فی مقام الثبوت والثانی فی مقام الاثبات أما المقام الاول فقد ذكر المصنف أنه بناء على القول بوجوب التقابض فی المجلس تكليفاً فأثر الخيار واضح فانه بعد اعمال الخيار لا يبقى مجال لوجوب التقابض فانه لا يبقى مجال لذلك .

وأما على القول بعدم وجوب التقابض فی المجلس فأثر الخيار وان كان خفيّاً لأن سلطنة كل من المتعاقدين باقية على حالها وأنه لاحق لاحدهما فی مال الآخر ولكن مع ذلك يمكن تصوير الفائدة والأثر للخيار بان يكون أثره خروج العقد بفسخ ذی الخيار عن قابلية لحوق القبض المملك فلو فرض اشتراط سقوط الخيار فی العقد أو اسقطه بنفسه لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن ذلك .

وعلى الجملة فأثر الخيار بناءً على وجوب التقابض هو فسخ العقد وعدم بقاء الموضوع لوجوب التقابض وعلى القول بعدم وجوب التقابض هو اخراج العقد عن قابلية لحوق التقابض المملك كما هو واضح وعلى القول بوجوب التقابض فهو واضح وأما فی مقام الاثبات فقد

يتوهم شمول الادلة الواردة فى باب خيار المجلس و خيار الحيوان الدالة على ثبوت خيار المجلس للبيّع و المتبايع لما نحن فيه و من الواضح أنه يصدق البيّع و المتبايع على المتبايعين فى الصرف و السلم فلاوجه لاخراجهما عنها ·

و فيه أن الموضوع فى تلك الادلة هو المتبايعان أو البيّعان و من الواضح انهما لايصدقان على المتعاوضين و المتبايعين فى باب الصّرف و السلم قبل التقابض لعدم حصول البيع و الشراء وعدم حصول التمليك و التملّك فكيف يصدق عليهما عنوان البيّعان أوعنوان المتبايعين كما لا يخفى ·

على أن خيار المجلس انما يثبت فى مورد يكون التفرق موجبا للزوم العقد كما هو مذكور فى الروايات الدالة على ثبوت خيار مجلس و من المقطوع به أن التفرق هنا يبطل البيع لكونه قبل القبض كما لا يخفى ·

و من هنا اتضح أنه لايثبت خيار المجلس وكك خيار الحيوان قبل الاجازة للمالكين الحاضرين فى مجلس العقد على الاول و مطلقا على الثانى فانه ما لم يستند العقد اليهما فلا يصدق عليهما عنوان البايع ولاعنوان المشترى و من الواضح أن استناد العقد انّما يكون بالاجازة لاقبلها ولايفرّق فى ذلك بين القول بالكشف و النقل فانه على كل حال فاستناد البيع و الشراء اليهما من حين الاجازة فصدق البيّع و المتبايع عليهما من زمان الاجازة و ان حصلت الملكيّة من حين العقد على الكشف فلايمكن المساعدة على ما ذكره المصنف من الفرق بين الكشف و النقل ·

قوله : القول فى مسقطات الخيار وهى أربعة على ما ذكرها فى التذكرة أقول من جملة المسقطات الخيار المجلس اشتراط سقوطه فى ضمن العقد ذكر المصنف قدس سره أنه لاخلاف ظاهراً فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد وعن الغنية الاجماع عليه ، وقد استدل عليه بوجوه الاول دعوى الاجماع على ذلك وفيه قد مرّ مراراً أن دعوى الاجماع فى مثل هذه المسائل التى نعلم فلا اقل نحتمل أن مدركها جهة كشفه عن قول المعصوم دعوى جزافيه فان الاجماع ليس بنفسه حجة وانّما حجة لكشفه عن قول المعصوم فلايكشف عنه الا مع القطع به .

الثانى المستفيضة وهى المؤمنون عند شروطهم وقد يقال : انها معارضة بعموم ادلّة الخيار ويرجح على ادلة الخيار بمرجع و لكنه بديهى البطلان فانه على تقدير تماميّة دلالة المستفيضه فهى تكون حاكمة على أدلة الخيار لكونها مأخوذة فى موضوعها كحكومة ادلة الحرج والضررعلى سائر الاحكام الالهية كما ذكره المصنف (ره) فجهة المعارضة واجاب عنه بان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد فيكون فاسداً فان مقتضاه على ما هو ظاهر قوله (ع) البيّعان بالخيار هو ثبوت الخيار وهذا الاشتراط مخالف له وفيه أن هذا شرط ليس مخالفا لمقتضى العقد فان مقتضاه هوحصول الملكيّة وليس هذا مخالفا له بل هو مخالف لثبوت الخيار ومن الواضح أن ثبوته من أحكام العقد لا من مقتضياته بل الوجه ليست هى هذه كما لايخفى .

ولكن الظاهر أن الرواية لاتدلّ على المقصود لا من جهة ما ذكره المصنف وذلك هو ما ذكرنا سابقاً من أن الظاهر من هذه الجملة

المباركة هو الحكم التكليفى فان قوله عليه السّلام المؤمنون عند شروطهم كقوله (ع) المؤمن عند عدته يعنى أن مقتضى الايمان هو أن يجب للمؤمن أن يفى بما التزمه و بما وعده و هذا الاستعمال من الاستعمالات المتعارفة أيضاً فيقال المرء عند كلامه وعند رأيه و هكذا ·

وعليه فلادلالة فى ذلك على المقصود هنا فان اشتراط سقوط الخيار عند المعاملة غير قابل لتعلّق الحكم التكليفى به فانّ اشتراط سقوط الخيار بمعنى أن لايكون له الخيار فى هذا العقد غير مقدور له بل هو من فعل اللّه تعالى فان اللّه تعالى جعله ذا خيار و اشتراط عدمه أيضاً راجع اليه و ليس من أفعال المتعاملين حتّى يقدر على اسقاطه ·

و مع الاغماض عن ذلك فهى مخالفة للسنة المعتبرة الدالة على ثبوت الخيار للمتبايعين فانه ورد فى ذيل بعض هذه الروايات الا شرطاً مخالفاً للكتاب و السنة و بيان ذلك أن الشارع قد حكم بثبوت هذا الخيار للمتبايعين و اشتراط عدمه مخالف للسنة و هذا غير اشتراط اسقاط الخيار فانه من قبيل شرط الفعل و ليس من قبيل شرط النتيجة و فرق بين اشتراط اسقاط الخيار و بين ان لايكون له خيار أصلاً فان الثانى مخالف للسنة دون الأول ·

نعم الظاهر من بعض الروايات أن الامام عليه السلام طبق هذه الجملة المباركة على بعض الشروط التى من قبيل ما ذكر أى أن الاشتراط فيه راجع الى شرط السقوط وعدم الخيار ولو كان ما ذكرناه من الاشكال وارداً عليه اى على جملة المؤمنون عند شروطهم لما طبقها الامام على ما ذكره ·

وذلك كما فی صحيحة مالك بن عطية(١) قال سألت أباعبدالله (ع) عن رجل كان له اب مملوك وكان تحت ابيه جارية مكاتبة قد أدت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد هل لك أن أعينك فی مكاتبتك حتی تؤدی ما يملك بشرط أن لايكون لك الخيار بعد ذلك علی أبی اذا أنت ملكت نفسك قالت نعم فاعطاها فی مكاتبتها علی ان لايكون لها الخيار بعد ذلك قال عليه السلام لايكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم .

فان الظاهر من هذه الرواية هو اشتراط عدم الخيار مع انه كان ثابتاً للأمة بعد ما صارت حرة فيعلم من ذلك أن هذا الشرط ليس مخالفاً للسنة و الّا لما طبقها عليه الامام عليه السلام .

وفيه اولاً أن مورد الرواية اجنبی عما نحن فيه فان موردها هو من قبيل اشتراط سقوط الخيار ممّا يقتض الخيار فی عقد ليس مقتضيا له فان عقد المكاتبة ليست مقتضية للخيار بحيث انه بمجرّد ذلك يحكم بكون الأمة ذا خيار و انّما المقتضی له هو الحرية الحاصله بعد أداء مال الكتابة و من الواضح أنه لم يلتزم بذلك أحد فلابد من الاقتصار بمورد الرواية و من هنا لاوجه لتوهّم الاولويّة أيضاً بدعوی ان اشتراط سقوط الخيار فی عقد هو مقتضی لذلك بطريق أولی فانه لم يثبت فی الاول الخيار فی جميع الموارد بل فی مورد الرّواية فقط فكيف يمكن اثباته فی المقتضی للخيار بطريق الاولوية كما هو واضح .

و ثانيا قد ذكرنا فی اول الخيارات أن اشتهار استعمال كلمة

١ـ وسائل ج ١٦ ص ٩٥ باب ١١ .

الخيار فى الخيار المصطلح انّما هو من جهة ما جرى عليه اصطلاح الفقهاء و الا فليس ذلك من معناه اللغوى و لامن مقتضيات الدليل وقلنا أن معنى الخيار لغة هو اختيار الخير لنفسه و أما القدرة على الفسخ انّما هو مستفاد من اللام الظاهر فى الملكيّة و الاختصاص فيقال له الخيار اى له القدرة على الفسخ و الابقاء بل قلنا أن كلمة الخيار وما شتق منها يستعمل فى هذا المعنى حتى فى هذا اليوم .

و عليه فقوله عليه السّلام لايكون له الخيار المسلمون عند شروطهم هو بمعنى اللغوى أى ليس له اختيار الفسخ فى الخارج بمعنى أنها ملزمة فى شرطها و لاتوجد الفسخ الخارجى و لايكون هذا ح مخالفاً للسنة فانّها تدلّ على ثبوت القدرة للمتبايعين على فسخ العقد و امضائه و هذه القدرة باقية للمتبايعين و للمتعاملين و فى المكاتبة أنه اذا صارت حرة فله القدرة على فسخ عقد الزوجية الواقعه بينها و بين العبد و هذه القدرة باقية على حالها و لكن الامام (ع) طبق جملة المسلمون عند شروطهم على اشتراط عدم الخيار للامة على الشرط الذى وقع بينها و بين ابن زوجها من جهة أن تكون الأمة ملزمة بابقاء العقد و لاتفسخ فى الخارج و لانختار فيه لنفسها الفسخ بل يبقى عقد النكاح على حاله لا أنه بمعنى أن لايكون لها خيار و قدرة على الفسخ ليكون على خلاف السنة فان هذا موافق للظواهر و الاستعمالات فليس فيه ما يوجب خلاف ظهور كلمات المتحاورين كما لايخفى .

و الشرط انّما يكون مخالفاً للكتاب و السنة اذا كان مفاده على خلاف الحكم الشرعى الثابت بالكتاب و السنّة و نظير ذلك ما سيأتى

فی الشروط من أن الرّجل یتزوّج علی امرأة و تشترط الامرة علیه أن لا یأخذ سریة أو امرأة اخری فان هذا الشرط مخالف للکتاب و السنّة فانه ثبت بهما جواز اخذ السّریة و المرأة علی الزوجة و شرط خلافه مخالف للکتاب و السنة فلایکون متبعاً ٠

اذن فلم یبقی فی الروایة ما یوجب الاشکال علیها الّا توهّم أن هذا الاسقاط اسقاط لما لم یجب فانّ مقتض الخیار لیس هو عقد المکاتبة لیکون حاصلاً عند الاشتراط بل هو الحریة و من الواضح انها لم تحصل حتی تکون الامة الحرة ذا خیار فی فسخ عقد النکاح وعدمه فیکون الاسقاط عند الاشتراط فی ضمن الاعانة اسقاطا لما لم یجب و قد ذکر ذلک بعض الشافعیة ٠

و فیه أن هذا صحیح فانه یلزم أن یکون الاسقاط فی ضمن الاعانة أن لا یکون لها خیار فی فسخ عقد الزّوجیة و لکنه لا دلیل علی عدم جواز اسقاط ما لم یجب فانه بلا دلیل فأی مانع أن یسقط الانسان ما لم یجب علیه بعد کما هو واضح فیکفی فی صحة ذلک تحقق ما یترتب فیه حصول ذلک الأمر الساقط فعلاً ٠

غایة الأمر فللمدعی أن یدعی الاجماع علی بطلان اسقاط ما لم یجب بدعوی کونه تعلیقاً و فیه مضافاً الی أنه دلیل لبی یقتصر فیه علی المورد المتیقن و هو صورة التعلیق فی العقود أن الاجماع هنا علی خلافه کما تقدم فلاوجه للمناقشة من هذه الجهة ٠

و بالجملة فلادلیل علی بطلان اسقاط ما لم یجب بوجه ٠

و الذی ینبغی أن یقال أن الخیار الثابت للمتبایعین فی المجلس ما لم یفترقا من قبیل الحقوق التی تقبل السقوط و قد قلنا

فى أول البيع أنه و ان كان لافارق بين الحقّ و الحكم فان جميع ذلك حكم اليهى مجعول للّه تعالى ولكن بعض أقسام الحكم اختياره تحت يد المكلف فله اسقاطه أو ابقائه و نسمّى ذلك القسم من الحكم حقاً و لا يسقط حكما كالجواز فى الهبة .

و من الواضح أن خيار المجلس ممّا يقبل الاسقاط و أوضح شئ يدلّ على أنه يسقط بالاسقاط ما فى ذيل الاخبار الدالة على خيار المجلس و الحيوان فان فى ذلك قال عليه السلام فذلك رضا بالبيع فان الظاهر من ذلك أن أمره بيده و ليس ذلك مثل الهبة فان الجواز فى ذلك حكمى لا يسقط بالاسقاط بل ولو اسقطه الف مره فايضا يبقى الجواز على حاله و اذا خالف و لم يسقط قد فعل فعلا محرّما و مع ذلك لو فسخ كان فسخه مؤثراً لعموم أدلة الخيار .

و على هذا فشرط السقوط فى العقد بان يشترط احد المتبايعين على الآخر عند البيع سقوط خياره فمرجعه الى أن المشروط عليه يسقط خيار الذى يثبت له بعد البيع عند العقد و قد عرفت أنه من قبيل الحق يقبل الاسقاط فليس لهذا البيان اشكال الا ما ذكره بعض الشافعية من أنه اسقاط لما لم يجب و هو و ان كان صحيحا و لكنه لا دليل عليه بوجه غير دعوى أنه من التعليق و الاجماع قائم على بطلانه و هو أيضاً فاسد لقيام الاجماع هنا على السقوط كما عرفت فانه أدعى بعضهم الاجماع فى المقام .

و قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه أن اشتراط سقوط الخيار موافق للقواعد و لا يحتاج الى عموم المؤمنون عند شروطهم .

قوله (ره) ثمّ ان هذا الشرط يتصوّر على وجوه : أحدها أن

یشترط عدم الخیار أقول شرط سقوط الخیار فی ضمن العقد یتصوّر علی وجوه الاول شرط عدم الخیار و هذا الشرط هو المراد من اشتراط الخیار و قد تقدم فی ذلك و أن توهّم كونه مخالفاً لمقتض العقد تارة و لمقتضی الكتاب أخری توهم فاسد كما عرفت .

و قد عرفت أن الخیار من قبیل الحقوق فیسقط بالاسقاط بعد التحقق وكك قبله فلیس فیه عیب الا سقوطه قبل الثبوت الذی هو من قبیل اسقاط ما لم یجب ولو خالف المشروط علیه فلم یسقط فیكون للمشروط له الخیار ولو فسخ المشروط علیه كان فسخه مؤثراً لعموم البیعان بالخیار ما لم یفترقا .

الثانی : أن یشترط عدم الفسخ فیقول بعت بشرط أن لا- افسخ فی المجلس و هل یجب الوفاء بهذا الشرط أم لا وقد یقال بالثانی فانه من قبیل اشتراط فی العقد الجائز فلایزید الشرط علی أصل العقد فان معنی أن لایفسخ أن له خیار فی العقد ولكن لا یفسخ فاشتراط عدم الفسخ انّما هو فی عقد خیاری فلایجب الوفاء به كما اذا شرط فی الهبة أو فی الوكالة أو غیرهما من العقود الجائزة شرطاً فان هذا الشرط لایكون واجب الوفاء .

و فیه أن جواز العقد فی ذاته لاینافی وجوب الوفاء بالشرط الواقع فی ضمنه فان مقتضی وجوب الوفاء بالشرط هو لزوم العمل بمقتضاه ما دام العقد باقیاً و بعد زوال موضوعه یرتفع وجوب الوفاء بالعقد أیضاً لارتفاع موضوعه فالجواز انّما هو ثابت لموضوع وجوب الوفاء بالشرط فیكون وجوب الوفاء بالشرط قضیة مادامیة و قضیة حقیقیة یعنی أن كلما وجد موضوع وجوب الوفاء بالشرط وجب الوفاء به .

و بعبارة اخرى أن عقد الهبة وعقد الوكالة و نحوهما من العقود وان كان بذاتها جائزة بحيث لكل من الموجب و القابل أن يفسخ العقد فى أى وقت شاء الّا ان اشتراط الشرط فى ضمن هذه العقود الجائزة لايكون جائزاً تبعا لها فان معنى الاشتراط فيها أن المشروط له يشترط على المشروط عليه فى ضمنها الشرط المعيّن فهذا الشرط الواقع فى ضمن العقود الجائزة انّما يكون مصداقا لقوله (ع) المؤمنون عند شروطهم فيكون واجب الوفاء ولكن مقيداً ببقاء ذلك العقد الجائز فاذا فسخ العقد الجائز يرتفع موضوع وجوب الوفاء فكون الانسان مخيرا فى رفع موضوع الوجوب لايدلّ على استحالة ثبوت الوجوب على ذلك الموضوع ٠ وعليه فيمكن أن يشترط احد الطرفين فى العقد الجائز على الطرف الأخر شرطاً و يكون الشرط واجب الوفاء بدليل الشرط دون العقد ٠

فاشتراط عدم الفسخ بخيار المجلس من هذا القبيل فيكون الشرط واجب الوفاء بدليل وجوب الوفاء بالشرط نعم فرق بين ما نحن فيه و بين سائر العقود الجائزة التى يشترط فيها شئ وهو أنك قدعرفت أن فى سائر العقود الجائزة يجوز لاحد الطرفين فسخ العقد الجائز و اعدام وجوب الوفاء بالشرط ولكنه لايجرى فى المقام فان الشرط اعنى عدم الفسخ انما تعلّق بنفس العقد فوجوب الوفاء بالشرط لايمكن الا بعدم الفسخ وحفظ العقد فلو فسخ العقد يلزم من ذلك عدم الوفاء بالشرط و بعبارة اخرى أن مفاد الشرط هو لزوم حفظ موضوعه وأيضا فيحرم الفسخ أبداً ٠

لايقال انه لامعنى للاشتراط أصلاً فى ضمن العقود الجائزة فان

معنى الشرط هو كون الالتزام الشرطى منوطاً بالالتزام بابقاء الالتزام العقدى و من الواضح أنه ليس هنا التزام بالبقاء لفرض كون العقد جائزاً فيكون شرطاً ابتدائية فانه يقال أن الجواز وعدمه من الاحكام الشرعية فهو لا ينافى بالتزام المشروط عليه بابقاء العقد مع بقاء الشرط كما هو واضح ·

قوله فلو خالف الشرط و فسخ فيحتمل قويا عدم نفوذ الفسخ

اقول لا شبهة أن وجوب الوفاء بالشرط وجوب تكليفى فمخالفته توجب العصيان فهل يوجب الفسخ التأثير وضعاً أيضاً أم لا قد احتمل المصنف عدم تأثير الفسخ ح تارة و تأثيره أخرى و قرب الثانى لعموم دليل الخيار و قرب الاول لان وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب اجباره عليه وعدم سلطنته على تركه · ثمّ اختياره وقال انه أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب أثار الشرط و هو عدم الفسخ فى جميع الاحوال حتى بعد الفسخ فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغواً كما تقدم نظيره فى الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ أحدهما منفرداً لغواً لا يرفع وجوب الوفاء ·

و قد اختار شيخنا الاستاذ أيضاً عدم الفسخ و ان الحكم التكليفى و الوضعى لا يجتمعان هنا و لكن قربه بوجه آخر و قد ذكر ذلك الوجه فى كثير من الموارد واجبنا عنه فى غير واحد من المباحث و حاصل هذا الوجه أن النهى تارة يتعلق بالسبب و أخرى بالمسبب أما الاوّل فلا يوجب حرمة المعاملة المسببة عن ذلك السبب فان حرمة السبب لا تستلزم حرمة المسبّب كما لا يخفى ·

وعلى الثانى فيستلزم الفساد لان الشرط يوجب سلب قدرة

المالك على البيع من زيد وفى المقام حيث أن المشروط له قد اشترط على المشروط عليه عدم فسخ فيكون الوفاء به واجبا تكليفاً و اذا خالف ذلك وفسخ وقد فعل فعلاً محرماً ولكن لايترتب عليه الحكم الوضعى فان التكليف كما هو مشروط بالقدرة العقلية فكذلك مشروط بالقدرة الشرعية فنهى الشارع عن شئ يوجب عجز المكلف عن اقدامه ففى هنا أن نهى الشارع عن الفسخ بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط يوجب عجز المكلف عن الفسخ شرعاً بمعنى أنه لايكون مؤثراً فى الفسخ على تقدير وقوعه .

وفيه قد ذكرنا مراراً أن الحرمة التكليفيّة عن الشئ لايستلزم الحرمة الوضعية وكون ذلك الشئ فاسداً وضعاً فانه يحرم التصرّف فى مال الغير بدون اذنه مع أنه لوغصب أحد ماء الغير وطهر به ثوبه فانه يكون مؤثراً فى الطهارة وفى هنا وان كان النهى متعلقاً بالسبب ولكن الامركذلك لوكان متعلقا بالمسبب ايضا فلو كانت الطهارة الخبثية بالماء المغصوب مبغوضا للشارع مع عدم كون الفعل عبادياً وكان يغصب أحد ماءً من الغير وطهر به ثوبه فانه لايتوهّم احد عدم حصول الطهارة هنا اذا لم يكن الفعل مما يعتبر فيه قصد التقرّب .

ومعنى أن النهى التكليفى يسلب القدرة عن المكلّف شرعاً يعنى أنه قبل تعلّق النهى بالفعل كان مرخصاً فى الفعل والترك وبعده ليس له هذه السلطنة ولايكون مرخصاً فى ذلك بل لابد من الترك وأما أن هذه الحرمة مستلزمة للحرمة التكليفيّة أم لا فهو اوّل الكلام وتظهر الثمرة فيما اذا صدر منه الفعل فى حال الغفلة

والنّسیان فانّه لایکون حراماً أیضاً ·

نعم انّما یدل النهی علی الفساد اذا کان ارشاداً الیه کما فی النهی عن بیع الخمر وعن بیع ما لیس عنده ونحوهما نعم انّما یدلّ النهی التکلیفی علی الفساد أیضاً مع قیام القرینة علیه کما فی بیع الخمر فان النهی انّما عن جمیع شؤنه وأنه یعلم من لسان الشّرع أن جمیع جهاتها مبغوضة للشّارع حتی التملیك والتملّك فلا تحصل فیها ذلك ·

وأما الجواب عما ذکره المصنف أنا لو سلمنا أن معنی الوفاء بالعقد هو ترتیب أثار العقد علیه من حرمة التصرّف فی المثمن و الثمن ولو بعد الفسخ بحیث تدلّ الآیة بالملازمة الی لزوم العقد ولکنه لایجری فی وجوب الوفاء بالشرط کما فی المقام فان معنی الوفاء بالشرط هنا هوعدم الفسخ ومن الواضح انه لااطلاق له لما بعد الفسخ أیضاً بیان ذلك أن المشروط علیه اذا خالف الشرط و فسخ العقد فامّا أن یکون فسخه مؤثرا أولا فعلی الثانی فلاوجه للتمسّك باطلاق وجوب الوفاء بالشّرط بما بعدالفسخ أیضا وعلی الاوّل فلایبقی متعلق وجوب الوفاء حتی یجب الوفاء به فانه بعد الفسخ ینحل العقد ولایبقی شیٔ حتی یجب الوفاء بالشرط ولایفسخ العقد وعلی الجملة فاذا خالف المشروط علیه بالشرط وفسخ فینعدم موضوع الشرط ولا یبقی شیٔ حتی لایفسخ ویبقی علی حاله ·

وعلی هذا فادلة الخیار محکمة فکل من المتبایعین فسخ العقد وان کان فسخ من شرط علیه أن لایفسخ محرّماً ·

ثمّ ان المعروف بین الفقهاء أن هذا الشرط صحیح وان وقع

الكلام بينهم أن الفسخ يؤثر وضعاً أولا يؤثر ولكن لنا مناقشة فى صحة هذا الشرط قد ذكرناه فى باب المزارعة فى حاشية العروة وحاصله أنا ذكرنا مراراً أن معنى الشرط فى العقد لا يخلوا عن معانى ثلثة بالسير والتقسيم الأول أن يكون التزاماً أخر فى ضمن العقد مستقلاً وغير مربوط بالالتزام العقدى بان يلتزم كل من المتبايعين بمبادلة مال بمال ويلتزم أحدهما أيضاً مقارناً لهذا الالتزام بان يخيط ثوباً لصاحبه فليس بينهما ربط الّا صرف المقارنة الزّمانية ولا شبهة أن هذا النحو من الشرط لا يجب الوفاء به بالاتفاق لكونه من الشروط الابتدائية فليس المراد من الشرط التى حكموا بوجوب الوفاء بها هو ذلك ٠

الثانى أن يكون الشرط مربوطاً بالعقد وهو على قسمين الاول أن يكون الالتزام العقدى مربوطاً بالالتزام الشرطى بحيث أن الالتزام العقدى منتف مع انتفاء الالتزام العقدى مثلاً معنى اشتراط الخياطة فى ضمن بيع الدار هو أن الالتزام ببيع الدار انّما هو فى فرض الالتزام بالخياطة والعمل به وانهائه والا فلا بيع هنا أصلاً ٠

وفيه أنه قام الاجماع على بطلان التعليق فى العقود فيكون هذا باطلا حتى اذا كان المشروط عليه يفى بالشرط كما لا يخفى ٠

الثالث أن يكون الالتزام العقدى غير مربوط بالالتزام الشرطى ليكون تعليقاً ولكن كان الالتزام ببقاء العقد وابقائه منوطاً بالتزام المشروط عليه بانهاء الشرط وابقائه فيكون الالتزام بابقاء العقد وعدم قدرته على الفسخ والحل منوطاً بكون المشروط عليه وافياً بالشرط والا فللمشروط له خيار الفسخ كما لا يخفى ٠

اذا عرفت ذلك فنقول ان معنى الشرط فى العقود بحيث

يجب الوفاء به بالسير و التقسيم ليس الّا هو الثالث و عليه فلا يعقل ولا نتصوّر اشتراط عدم الفسخ فى العقود بحيث لا يكون للمشروط عليه حق الفسخ و ذلك فانك لما عرفت أن معنى الاشتراط هو ثبوت الخيار للمشروط له مع تخلف المشروط عليه الشرط و من الواضح أنه بعد ما فسخ المشروط عليه لفرض تأثير فسخه لعموم ادلة الخيار لا يبقى موضوع ليكون للمشروط له الخيار بان كان مختاراً فى فسخ العقد و ابقائه ومع عدم الفسخ فالعقد أيضاً باق على حاله سواء كان هنا شرط أم لا فلانعقل معنى محصّلاً لهذا الشرط فيكون لغوا و يدخل فى الشروط الفاسدة و يأتى الكلام فيه من أن الشرط الفاسد مفسد للعقد أم لا.

نعم لو اشترط فى ضمن عقد عدم فسخ عقد آخر فيكون صحيحاً كسائر الشروط الصحيحة كاشتراط الخياطة أو البناية أو النجارة أو نحوها كما لا يخفى.

الثالث أن يكون المراد من شرط سقوط الخيار فى العقد أن يشترط اسقاط الخيار بأن يكون هذا الفعل صادراً من المشروط عليه ولا شبهة فى صحة هذا الشرط لعدم ترتب المحذور عليه الّا اسقاط ما لم يجب و قد عرفت ان الاجماع على تقدير تحققه بعدم جواز ذلك لكونه تعليقاً فلايجرى فى المقام لقيام الاجماع على الصحة كما ادعاه بعضهم فيكون مشمولاً لعموم وجوب الوفاء بالشّرط و عليه فلو أخل المشروط عليه الشرط كله و لم يسقط الخيار ولم يف بالشرط فيكون للمشروط له خيار تخلف الشرط كما هو واضح.

ثم اذا فسخ المشروط عليه العقد فهل يكون فسخه مؤثراً أم لا الظاهر هو الاول لعموم الادلة الدالة على ثبوت خيار المجلس

للمتبايعين كما تقدّم وقد اختار المصنف أنه لا يؤثر الفسخ كما ذكره في الوجه الثاني وقد عرفت جوابه ·

ثمّ انّه اذا تخلّف المشروط عليه ولم يفسخ العقد قد عرفت أنه يثبت الخيار للمشروط له ولا يفرق في ذلك بين كون الفسخ مؤثراً أم لا فان نفس بقاء العقد متزلزلاً مخالف لغرض المشروط له فيكون له الخيار لاجل التخلّف بالشرط وان لم يكن فسخ المشروط عليه مؤثراً على تقدير الفسخ اذ يكون البيع لازماً وعدم كونه متزلزلاً مما هو محط غرض للعقلاء فلا أقل لنفس المشروط له ·

ولا ينافي ذلك لزوم العقد شرعاً فانه من الاحكام الشرعية والتزلزل انّما هو مع قطع النظر عنه وفي نظر المتبايعين الحكومة العرفية مع قطع النظر عن الشرع والشريعة كما اذا كان المتبايعين غير ملتزمين بالشّرع والشّريعة ·

قوله قدس سره بقي الكلام في أنّ المشهور أنّ تأثير الشرط انّما هو مع ذكره في متن العقد أقول ما ذكره المصنف وان كان له مناسبة لما نحن فيه ولكنه من مسائل مبحث الشرط التي سنتكلم فيها وتفصيل الكلام هنا على نحو الاجمال أن اعتبار الشرط في المعاملة على انحاء الاوّل أن لا يكون مذكوراً لا في ضمن المعاملة ولا قبلها ولا بعدها ولم ينشائه المعاملة بانيا عليها أيضاً وهذا على قسمين لان الوصف ان كان ممّا يعتبر بحسب الارتكاز العقلائي سواء ذكر أم لا كاعتبار التسليم والتسلّم وأوصاف الصحة كظهور المبيع على ماوقعت المعاملة عليه فلاشبهة في صحة ذلك الشرط ووجوب الوفاء به فان مثل ذلك الشروط كالمذكور والارتكاز العقلائي والارتكاز من المتبايعين قائم

مقام الذكر فيكون واجب الوفاء لعموم المؤمنون عند شروطهم بل فى تخلّف أوصاف الصّحة تفسده المعاملة .

وان كان من قبيل الاوصاف الكمالية كوصف الخياطة والبناية والنجارة ونحوها فلايكون واجب الوفاء اذ ليس هنا شرط حتى يجب الوفاء به كما سنذكر معنى الشرط ولم يبرز هنا شئ يجب الوفاء به. وقد يكون الشرط مذكوراً فى ضمن العقد اما تفصيلاً كقوله بعتك العبد الكاتب أو على أن يكون كاتباً واما اجمالاً كما اذا ذكرت الشروط كلها قبل العقد وعنداجراء صيغة العقد يقول بعتك الشئ الفلانى على ما ذكر من الشروط فيشير بهذه الكلمة المبهمة الى الشروط المذكورة قبل العقد فانه أيضاً مذكور فى ضمن العقد فيكون مشمولا لعموم وجوب الوفاء بالشرط فان الغرض ارتباط الشرط بالعقد وهو حاصل بمثل هذه الكلمات المبهمة .

وعلى الجملة الاشارة فى ضمن العقد الى الشرائط المذكورة قبل العقد والمعاملة بانياً عليها مع اظهار تلك الشروط بمثل ماذكر كقوله بعتك العبد على ما ذكر لا يقصر عن الشرط المذكور فى ضمن العقد صريحاً فى وجوب الوفاء بها فانه ح يبرز البايع بقوله بعت كذا تبديل ما له على هذا الشرط فيكون ما بنى عليه من الشرط مبرزاً مع حقيقة المعاملة كما لايخفى فكما يكون الالتزام العقدى المظهر بكلمة بعت واجب الوفاء وكذلك الالتزام الشرطى المبرز بهذه الاشاره .

وقد يكون الشرط مذكوراً قبل العقد ولكن لايشار اليها فى ضمن العقد لاتصريحاً ولا اجمالاً فهو على قسمين الأوّل أن يكون ذلك مغفولاً عنه عند البيع وغير ملتفت اليه فى مقام المعاملة أو

نسيه أو كان ملتفت اليه و لكن لم يظهروا عند البيع و لم ينشائه منيّاً على الشرط المذكور قبل العقد فان هذا كلّه لاحق بالقسم الاول ولا يجب الوفاء به و الثانى أن يكون ملتفتاً اليه عند المعاملة وكان بنائهاعلى ذلك حتى فى مرحلة انشاء و اظهار المعاملة و لكن لم يظهروا الشرط عند الانشاء و بعبارة أخرى الشرط موجود فى مقام الثبوت ولكن ليس له دالّ فى مقام الاثبات و الظاهر أنه شرط حقيقة و يجب الوفاء به ولكن المشهور ذهبوا الى بطلان الشرط المذكور قبل العقد وان كان العقد بانياً عليه ولكن الظاهر من بعضهم هو كون مثل هذا الشرط أيضاً واجب الوفاء كالشيخ وغيره قال الشيخ فى محكى الخلاف أنه لو شرطا قبل العقد أن لايثبت بينهما خيار بعد العقد صحّ الشرط ولزم العقد بنفس الايجاب و القبول ثمّ نقل الخلاف عن بعض اصحاب الشافعى الخ و قد منع المصنف عن كون مثل هذا الشرط واجب الوفاء كما ذكره فى المتن بل منع نسبة ذلك الى الشيخ أيضاً و لذا حاول أن يوجه كلامه بأنه اراد من قوله قبل العقد اى قبل تمام العقد و استشهد عليه بملاحظة عنوان المسألة فى الخلاف و التذكرة و باستدلال الشيخ على الجواز و بعض الشافعية على المنع و قال أن ذاك كلّه يكاد يورث القطع بأن مراد الشيخ ليس هو ظاهر كلامه بل مراده ما ذكرناه و لكن الظاهر أن ما يستفاد من ظاهر كلامه هو مراد الشيخ و لذا اشكل عليه العلامة بأنه لايكون الشرط المذكور قبل العقد واجب الوفاء الا اذا كان ايقاء العقد بانياً عليه فانه يكون العقد مشروطا به وكيف كان فلا يهمنا كشف مراد الشيخ أنه أى شئ أراد وانّما المهم انّما هو بيان أن هذا الشرط واجب الوفاء أم لا و الظاهر أنه لاقصور

فى صدق مفهوم الشرط عليه وكونه واجب الوفاء أيضاً بمقتضى دليل وجوب الوفاء بالشرط ٠

والوجه فى أن الثانى يجب الوفاء به دون الاوّل هو ان معنى الشرط هو الرّبط بين الشيئين كما فى القاموس حيث ذكر ان الشرط هو الالتزام والالتزام فى البيع ونحوه فانّما يكون الالتزام بالشرط مربوطاً بالالتزام العقدى اذا كان الالتزام العقدى وابرازه باقياً على الشرط ومربوطا اليه بحيث يكون بين الالتزامين ربط وعقدة ليتحقق معنى الشرط الذى ذكره أهل اللغة وهذا المعنى هو المتفاهم عرفاً وكذلك هو المستفاد من قوله (ع) كل شرط سائغ ولازم الّا شرط خالف الكتاب والسنة وعلى الجملة المستفاد من كلمة الشرط الذى يجب الوفاء به الا شرطاً خالف الكتاب والسنة هو المربوط بالعقد لا ما يكون خارجاً عنه فانّه مجرّد وعد فيجرى عليه حكمه من وجوب الوفاء وعدمه ٠

ومن الواضح أن المذكور قبل العقد اذا كان مغفولاً عنه حين انشأ البيع أو منسياً أو متروكاً عمداً بحيث أنشأ البيع غير مبنى على الشرط فلايجب الوفاء به لا من جهة القصور فى أدلة وجوب الوفاء بالشرط ولا من جهة التمسّك بالاجماع على عدم وجوب الوفاء به حتى يقال انّ المسألة مختلف فيها فليس فى المقام اجماع بل من جهة منع صدق الشرط عليه اذ هو بالنسبة الى العقد المنشأ خاليا عن ذكره وخالياً عن البناء عليه أى انشاء المعاملة بانياً على هذا الشرط كسائر الامور الاجنبية عن العقد فلايكون واجب الوفاء وانّما هو كسائر المواعيد التى اجنبية عن هذا العقد فيكون عدم وجوب الوفاء

به من جهة عدم الموضوع وعدم صدق الشرط عليه كما هو واضح فلا يكون هذا كالمحذوف النحوى ليكون فى حكم المذكور.

وأما اذا كان الشرط مذكوراً قبل العقد وكان العقد المنشأ مبنيّاً عليه من غير أن يكون مغفولاً عنه عندالبيع فيصدق عليه الشرط حقيقة فى مقام الثبوت غاية الأمر أن الدلالة عليه فى مقام الاثبات منفية بحيث لو سمع أحد الكلام الذى انشأ به البيع خالياً عن ذلك الشرط حسب أنه مطلق والمعاملة المنشأة بهذا الانشاء خالية عن الشرط والوجه فى ذلك هو ما عرفت من أن المستفاد من معنى الشرط بحسب المتبادر من كلمته فى الاخبار ومن العرف ومن تصريح اهل اللغة هو ما يكون مربوطاً بشئ وليس اظهاره بمظهر فى مقام الانشأ من مقومات ذلك فاذا كان ابراز المعاملة بانياً عليه فيكون مربوطاً بها فيكون الالتزامين اى العقدى والشرطى مرتبطين اى احدهما بالأخر ولا يقاس ذلك بحقيقة المعاملات التى لايترتب عليه الأثر الّا بعد الاظهار والابراز لا بمجرّد الاعتبار وذلك لأنا ذكرنا فى أول البيع أن حقيقته عبارة عن اعتبار الكلية لكل من العوضين من كل من المالكين للآخر واظهاره بمبرز فى الخارج وكك سائر المعاملات فانّها ليست مجّرد اعتبار نفسانى والا للزم أن يكون بمجرّد الاعتبار النفسانى أن يملك الآخر وليس كك حتى مع العلم بالاعتبار كما اذا علم كل من المتبايعين بعلم الاشراق أن الأخر اعتبر ملكيّة ماله له وكذا العكس فانه لايكون هذا بيعاً مادام لم يقترن بالاظهار فحقيقة البيع وكذلك ان حقيقة سائر المعاملات متقوّمة بالاعتبار النفسانى وبالاظهار الخارجى كما لا يخفى.

وهذا بخلاف حقيقة الشرط فانه ليس متقوّما بالاعتبار و بالاظهار الخارجي معاً بل معناه كما ذكرناه هو الرّبط بين الشيئين و هو حاصل بمجرّد البناء والقصد و اظهار المعاملة و ابرازها وانشائها بانياً عليه فانه بمجرّد ذلك يحصل الرّبط كما لايخفى فلايحتاج الى اللفظ بوجه و قد ذكر ذلك المحقق الايرواني أيضاً فيجب الوفاء به للعموم على أن التزامهما مقيد فى نفس الأمر فلايعقل التفكيك بينهما لكى يكون أحدهما واجب الوفاء دون الأخر .

وأما ما ذكره المصنف من ان الشرط المذكور قبل العقد اذا لم يذكر فى العقد ولو بالاشارة كان لغواً و ان وقع العقد بانياً عليه وأما ما ذكره فقد ظهر جوابه ممّا حققناه فكأن المصنف حسب أن قوام الرّبط و الشرط كقوام المعاملات بالاظهار والابراز و قد عرفت أنه ليس كك و الحاصل أن الشرط المذكور قبل العقد الذى يقع العقد فى الخارج بانياً عليه كالمحذوف المقدر فانه فى حكم المذكور .

ومن هنا ظهر بطلان ما ذهب اليه شيخنا الاستاذ أيضاً من أن القصود و الدواعى غير معتبرة فى العقود ما لم ينشأ لفظ على طبقها فمجرد وقوع العقد مبنيا على شرط مع عدم ذكره فى متن العقد لايؤثر فى سقوط الخيار و ذلك لان الشرط الزام مستقل لايرتبط بالعقد فارتباطه به يتوقف على الالتزام به فى العقد و مجرّد البناء ليس التزاماً به و لايقاس ذلك على اوصاف المبيع المعتبرة فيه بالارتكاز وجه الظهور أن الغرض من الشرط هو ارتباط الالتزام العقدى بالالتزام الشرطى فى نظر المتعاملين بحيث يكون أحدهما مربوط بالاخر و لايلزم أن يكون على نحو معرفة غيرهما أيضاً فان تحقق

حقيقة الشرط لايتوقف على الاظهاركما يتوقف البيع عليه فلوكان تحققه محتاجاً الى فهم الغير أيضاً لزم ان لاتحقق المعاملات الواقعة فى الخفاء التى لايطلع عليها غير المتعاملين ٠

قوله فرع ذكرالعلامة فى التذكرة مورداً لعدم جواز اشتراط نفى الخيار أقول كان كلامنا فى سقوط الخيار بالشرط وقدذكرالعلامة فى التذكرة أنّه قد لايجوز اشتراط اسقاط الخيار لا من جهة اسقاط ما لم يجب فانه لوكان صحيحا لكان جاريا فى جميع موارد اشتراط اسقاط الخيار بل من جهة أخرى كما اذا نذر المولى أن يعتق عبده اذا باعه بأن قال للّه علىّ ان اعتقك اذا بعتك وقال لو باعه بشرط نفى الخيارلم يصحّ البيع لصحّة النذر ويجب الوفاء به ولايتم ذلك برفع الخيار لرفع موضوع النذر وقد ذكر المصنف أن ما ذكره العلامة مبنى على أن النذر المعلّق بالعين يوجب عدم تسلط الناذرعلى التصرّفات المنافية له ثمّ قال وقد مرّأن الاقوى فى الشرط أيضاً كونه كك ٠

أقول لايتم ما ذكره العلامة وارتضاه المصنف واضاف اليه الشرط صغرى وكبرى وأما الوجه فى عدم تمامية الصغرى فلان عتق العبد لاينحصر بفسخ العقد بخيار المجلس ثمّ عتقه بل يمكن بوجه آخر كالشراء ثانياً أو تملكه بغير الشراء كالاتهاب أو التوارث فانه مع الاطمينان برجوعه الى ملكه ثانياً لامانع من عدم الفسخ فعتقه لاينحصر بصورة الفسخ فقط بل يمكن بغيره أيضاً كما هو واضح ٠

وأما الوجه فى عدم تمامية الكبرى أن وجوب الوفاء بالنذر و كذا وجوب الوفاء بالشرط وجوب تكليفى كما تقدّم قريباً وقد عرفت أنه لاملازمة بين الحكم التكليفى والحكم الوضعى بأن تكون المخالفة

بالحکم التکلیفی موجبة لبطلان المعاملة المنهیة عنها أیضاً فلادلة للنهی عن شئ تکلیفاً علی فساده وضعاً الا بالقرائن کما فی الخمر نعم لوکان النهی ارشاد یا فیدل علی الفساد کما فی نهی النبی (ص) عن بیع الغرر و نحوه وعلی هذا فمخالفة الناذر نذره او مخالفة الشارط شرطه حرام تکلیفاً فاذا نذر أن یعتق عبده اذا باعه أوشرط ذلك علی نفسه فی ضمن معاملة ثمّ باعه بیعاً لازماً و خالف نذره فلم یعتق فلاتدل مخالفته هذه علی بطلان البیع وقد تقدم فی المکاسب المحرمة کثیراً أن الحرمة التکلیفیة لایلازم الحرمة الوضعیة بل هی تدل علی مبغوضیة الفعل فقط لاعلی عدم نفوذه ·

و تظهر الثمرة فیما اذا باعه فی حال الغفلة و النسیان عن نذره فانه لایکون حراماً ایضاً تکلیفاً لکونه مرفوعا عندالغفلة والنسیان کما هو واضح و أما ما ذکره شیخنا الاستاذ من أن الحکم الشرعی یجعل الانسان مسلوب القدرة فقد تقدم جوابه و تقریب کلامه ·

قوله : مسئلة و من المسقطات اسقاط هذا الخیار بعد العقد بل هذا هو المسقط الحقیقی أقول لاشبهة فی جواز اسقاط خیار المجلس بعد العقد بل هو المسقط الحقیقی کما ذکره المصنف و انّما الکلام فی دلیل ذلك ·

و قد استدل علیه المصنف بوجوه الأول : دعوی الاجماع علیه و لکنه تقدم غیر مرّة أن الاجماع فی مثل هذه المسألة لیس تعبدیاً بل هو مبنی علی الوجوه المذکورة فی المسئلة ·

الثانی القاعدة المسلمة بین الفقهاء أن لکل ذی حق اسقاط حقه و لعل الوجه فی ذلك قوله (ع) الناس مسلطون علی أموالهم

فان مقتضى ذلك هو تسلط ذى الحق بحقه فيفعل فيه ما يشاء بالفحوى و بالطريق الاولوية فان الانسان اذا كان مسلطا لما له الذى من قبيل الاعيان فهو مسلط على حقه أيضاً .

وفيه اما لمن له الخيار حق لاسقاطه أولا أى أن هذا الخيار الثابت له اما من قبيل الحقوق أو من قبيل الحكم فان كان من قبيل الحقوق فلايحتاج الى التمسك بفحوى دليل السلطنة او بمنطوقه فان معنى الحق هو كون ذى الحق مسلطاً على حقّه بحيث يفعل فيه ما يشاء .

وان لم يكن من قبيل الحقوق بل من قبيل الحكم فلا يقبل الاسقاط سواء كان هنا دليل السلطنة أم لا .

و بعبارة واضحة قد ذكرنا فى أول البيع أنه لافرق بين الحق و الحكم من حيث كونهما مجعولين للشارع بل كلاهما من الاحكام الشرعية التى جعلها الشارع و لكن بعض هذه الاحكام قد فوضه الى المكلّف وجعل اختياره بيده فله أن يتصرف فيه كيف يشاء و نسمى ذلك حقا فى الاصطلاح و ان كان حكماً فى الحقيقة أيضاً وهذا لايكون الّا اذا ثبت بالدليل فبدونه لايمكن أن يقال ان هذا الحكم اختياره بيد المكلّف . ولذا كلما شككنا فى مورد أنه يسقط باسقاط من له ذلك أولا فالاصل بقائه وعدم سقوطه بالاسقاط تمسكاً بدليله .

و على هذا فلايمكن اثبات الحقية بدليل السلطنة فانه ناظر الى الكبرى وأن كل من له السلطنة على شئ فله التصرف فى متعلق سلطنته كيف يشاء و بالفحوى يثبت جواز التصرف فى الحق و متعلقه ولكن لايثبت بذلك أن الحكم الفلانى حق و الحكم الفلانى

ليس بحق ·

الثالث قوله (ع) المؤمنون عند شروطهم بدعوى أنه اذا شمل الشروط الابتدائية لكان شاملاً لذلك أيضاً فان اسقاط الخيار بعد العقد التزام بأن لا يكون له خيار فيكون من الشروط الابتدائية ·

وفيه أولاً أنه لاتشمل الشروط الابتدائية للاتفاق بعدم كونها واجب الوفاء بل ليست من الشروط وقد تقدم من القاموس أن الشرط هو الالزام والالتزام فى بيع ونحوه ·

وثانياً على تقدير كونه شاملاً للشروط الابتدائية فلاشبهة لعدم شموله لاسقاط الخيار بعد العقد الذى هو محل كلامنا وذلك فان معنى اسقاط الخيار هو الالتزام بأن لا يكون له خيار ولا شبهة ان ثبوت الخيار له وعدم ثبوته له من الاحكام الشرعية فلايكون تحت اختيار المكلّف كما لايخفى ، فلايعقل شمول المؤمنون عند شروطهم لذلك ·

الرابع فهو العمدة وحاصله أنا استفدنا من النص الدال على سقوط الخيار بالتّصرف معللا بانه رضا بالبيع فيدل ذلك على أن الرضى بالبيع وبسقوط الخيار يوجب السقوط باى كاشف كان ذلك الدال فكلما دل على رضا ذى الخيار بسقوط الخيار فيكون ذلك موجباً للسقوط كما لايخفى فان المناط هو الرضا لا أن للفظ خاص موضوعية بحيث يكون سبباً للسقوط تعبداً كما لايخفى ·

ويترتب على ذلك المسألتان اللتان ذكرهما المصنف بعد ذلك الاولى أنه لايعتبر فى اسقاط الخيار لفظ خاص كما يعتبر ذلك فى العقود والايقاعات على المشهور من العربية والماضوية وغيرهما بل يسقط الخيار بكل ما يكون كاشفاً عن الرضا من ذى الخيار على ذلك

لما عرفت أن المناط هو الرضا بالبيع وكونه لازماً وهو يحصل ولو بالاشارة بالحواس ونحوه وعلى هذا فيجرى فى الاسقاط ما يكون شبيهاً بالبيع الفضولى كما اذا قال أحد غير ذى الخيار اسقط خيار الفلانى ثم يقول صاحب الخيار أمضيت فانه يكون ذلك اسقاطاً فان الامضاء مصداق لسقوط الخيار ومصداق للرضا به كما لا يخفى فلايعتبر هنا لفظ خاص لتحقق المناط المذكور بأى كاشف .

المسئلة الثانية ما ورد فى بعض الروايات وانكانت غير جامعة لشرائط الحجيّة أنه لو قال أحدهما لصاحبه اختر فهل يكون هذا اسقاطاً للخيار أم لا وقد وقع ذلك محل الكلام بين الاعلام .

لاشبهة أن كلمة اختر ليس من مسقطات الخيار تعبداً فيقع الكلام فى دلالته على ذلك وقد يقال أن كلمة اختر معناه اسقاط خياره عن نفسه وارجاع أمر العقد الى الطرف الآخر واما اذا لم يكن له خيار فمعناه تمليك خياره اليه والحاصل أن قول القائل لصاحبه اختر هذا العقد معناه ارجاع امر العقد وتفويضه اليه بحيث لا يكون للقائل اختيار فى العقد أصلا وعليه فان كان للطرف الآخر خيار أيضا فيسقط خيار القائل والا فيكون تمليكا لخيار نفسه الى الطرف الآخر .

وقد يقال : ان معنى كلمة اختر تفويض الخيار الى الطرف الاخر بحيث يكون هو المفوض اليه فى ذلك اما يعمل أو لا يعمل دون الاسقاط وقد يقال ان معنى كلمة اختر هو استكشاف حال الطرف بالنسبة الى العقد أنه أىّ شئ يختار فى العقد الفسخ أو الامضاء .

وعلى الثالث لايكون التكلم به موجباً لسقوط الخيار لكونه مسوقاً للتجربة والامتحان بل قيل على الثانى أيضاً لايدل على سقوط الخيار

فان تفويض الأمر الى صاحبه فى امر خيار المجلس لا يدل على سقوط خيار نفسه غاية الامر أنه يكون مثل الموكل الّذى فوض أمر شئ الى الوكيل المفوض فانّه مع كونه وكيلاً مفوضاً فللموكل أيضا أن يتصرف فى ذلك الشيئ الّذى وكلّ غيره فيه ٠

وقال شيخنا الانصارى وهو الحق أن كلمة اختر لا يدلّ الّا على كشف حال الطرف وامتحانه وأما أزيد من ذلك فلا شيئ من الدلالات المطابقية وغيرها الا أن تكون هناك قرينة حالية أو مقالية تدل على كون مراد المتكلّم هو اسقاط الخيار وهو كذلك فان مادة كلمة اختر هى لاتدلّ على ازيد من الاختيار وهيئتها هى صيغة الأمر فلا دلالة فى شيئ من المادة والهيئة على ذلك أى سقوط الخيار بل لا يستفاد منها الّا امتحان الطرف وكشف حاله أنه يمضى العقد ويسقط خياره أم لابدّ يريد الفسخ ٠

قوله ثمّ انّه لا اشكال فى ان اسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الأخر أقول قد تقدم فى أوائل الخيار أن امضاء احدهما العقد لايوجب سقوط خيار الأخر وكون العقد لازماً من قبله بل هو باق على خياره نعم أن فسخ أحدهما يوجب فسخ الأخر كما ذكره المصنف ثمّ تصدى المصنف لبيان صورة معارضة الفسخ والامضاء وقال : لو اقتضت الاجازة لزوم العقد من الطرفين كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف أحد المتعاقدين أو من طرفهما لمتعدد كالاصيل والوكيل فاجاز أحدهما وفسخ الأخر دفعة واحدة أو تصرف ذوالخيار فى العوضين دفعة واحدة كما لو باع عبداً بجارية ثمّ اعتقهما جميعاً حيث ان اعتاق العبد فسخ واعتاق الجارية اجازة او اختلف الورثة فى الفسخ

والاجازة تحقق التعارض وظاهر العلامة فى جميع هذا الصورتقديم الفسخ ولم يظهروجه تامّ وسيجئ الاشارة الى ذلك فى موضعه انشاء اللّه تعالى ٠

والتحقيق فى بيان الكبرى فى المقام أنه قد يقال بثبوت الخيار للطبيعى بحيث كلّمن سبق الى اعمال الخيار من الفسخ أو الامضاء لايبقى مجال للأخر أصلاً كما أن الشخص الواحد ليس له الّا خيار واحد من الفسخ أو الامضاء فالطبيعى أيضاً فى حكمه فكأنّه فرد واحد وقد احتمل هذا الوجه فى ثبوت الخيار للورثة بموت المورث وقالوا بان هناح خيار واحد فأى من الورثة سبق الى اعماله فيسقط عن الباقين ٠

وقد يقال بكونه ثابتاً لكل واحد ولكن يكون الخيار الثابت للثانى فى طول الخيار الثابت للاول اى من فروعه و شؤونه سواء كان خياره فى طول خيار الأول متعدداً أو واحداً وهذا كخيار الوكيل الواحد أو المتعدد من الموكل فى اعمال الخيار ٠

وقد يقال بثبوته لكل واحد واحد من الاشخاص على نحو الاستقلال من غيرأن يرتبط بالآخر أصلاً ٠

أما على الاول فلاشبهة فى سقوط الخيار عن البقية بسبق احد أفراد الطبيعة الى اعماله اما بالفسخ أو بالامضاء كما عرفت فانه حينئذ ليس هنا الا خيار واحد فلا يعقل بقائه بعد سقوطه بالاعمال اسقاطاً أو اعمالاً فلايبقى لخيار الثانى موضوع أصلاً لارتفاعه بفسخ السابق أو امضائه ٠

وعلى هذا فلو تقارن فسخ أحد أفراد الطّبيعة مع امضاء الفرد

الآخر فلامناص عن التساقط حینئذ ولا یکون شئ من الفسخ أو الامضاء مؤثراً فی العقد فیکون الخیار باقیاً علی حاله فان سقوطه وعدمه معاً مستحیل للتناقض لما عرفت أن ثبوت الخیار للطبیعة کثبوته لفرد واحد فکما لا یعقل تأثیر صدور الفسخ و الامضاء من شخص واحد بأن یکتب باحدی یده الفسخ و بالآخر الامضاء و یبرزهما معاً أو یفسخ بلسانه و یمضی بکتابته أو باشارته فان شئ من ذلک لا یعقل لانه مستلزم لتناقض و ترجیح أحدهما علی الأخر ترجیح بلامرجح فیلغو کلاهما وکک فی هذه الصورة فانه حینئذ لیس هنا الّا خیار واحد فهذا الخیار الواحد لا یعقل أن یؤثر فی العقد الفسخ و الامضاء معاً . وعلی هذا الفرض لاوجه لکلام العلامة أصلاً لا انه لم یظهر له وجه تامّ کما ذکره المصنف لما عرفت أنه غیر معقول و انه مستحیل کما لا یخفی .

وأما علی الثانی بأن یکون خیار أحدهما فی طول خیار الأخر فقد عرفت أنه علی قسمین الأول أن یکون الثانی الذی خیاره فی طول خیار الاول واحداً کما اذا وکل أحد شخصاً أخر فی امر الخیار فان خیار الوکیل فی طول خیار الموکل أی من فروعه و شؤونه .

الثانی أن یکون الوکیل فی اعمال خیار الموکل متعدداً کأن وکلّ نفرین فی اعمال خیار المجلس الثابت فان هذا الخیار الثابت للوکیل فی طول خیار الموکل .

و علی کلّ حال فکلّ من سبق من الوکیل أو من الموکل الی اعمال الخیار فیرتفع الخیار و لا یبقی للآخر مجال أصلا فان سبق الموکل فلا یبق مجال لخیار الوکیل و ان سبق الوکیل فلایبقی مجال لخیار الموکل وکک الحال فی سبق أحد الوکیلین علی الوکیل الأخر و الموکل

والوجه فى ذلك أن هنا خيار واحد ثابت للموكل و للوكيل فى طوله فبعد اعمال كل منهم ذلك لايبقى مجال لخيار الآخر اصلاً .

وان تقارنا بان فسخ الوكيل وأمضى الموكل أو فسخ أحد الوكيلين وأمضى الآخر فانه حينئذ لامناص من التساقط أيضاً ومن عدم تأثير شئ من الفسخ والامضاء لما عرفت من انه ليس هنا الّا خيار واحد فلا يعقل أن يعمل هذا الخيار الواحد بالفسخ تارة وبالامضاء أخرى معاً فقهراً يحكم بالتساقط كما عرفت فى ثبوته على الطّبيعى فهذان - الاحتمالان أى احتمال ثبوته للطبيعة واحتمال ثبوته للمتعدد طولاً متحدان من حيث النتيجة فلا مجال لكلام العلامة فى هاتين الصورتين

وأما على الثالث : فلكل منهما خيار مستقل فله اعماله من غير أن يرتبط بالاخر كما تقدم نظيره فى ثبوت خيار المجلس للوكيل والموكل معاً على نحو الاستقلال مع اجتماعهم فى مجلس واحد أو مع كون الوكيلين فى مجلس والموكلين فى مجلس آخر مجتمعين كما تقدم و حينئذ فكل يترتب حكم خيار نفسه على حده من دون ربط بالاخر. وعلى هذا فلو فسخ أحدهما سواء كان قبل امضاء الآخر أو مقارنا بامضائه أو بعده فيبطل العقد وينحل فلا يبقى شئ اصلا فان الفسخ يقدم على الامضاء حتى بعد امضاء الآخر وقد تقدم وجهه سابقاً من أن فى الفسخ خصوصية يوجب انحلال المعاملة لانه عبارة عن الحل والحل انما يكون من الطرفين بخلاف الامضاء فانه اقرار العقد فهو تحصل من قبله أيضا وحده .

وعلى هذا الفرض فمع التقارن يقدم الفاسخ ومع التأخر عن الامضاء يقدم على الامضاء فمع التقارن يقدم أيضا بطريق الاولوية

ولوكان مراد العلامة من تقديم الفاسخ على المجيز هذا فله وجه وجيه و على الجملة فكلما كان الفسخ مقدماً على الامضاء فى فرض تأخره عنه فيقدم فى فرض التقارن بالاولوية أيضاً وكلّما وقع التعارض بينهما فى صورة المقارنة فلا يكون الفسخ مقدماً فى صورة التأخر أيضا بالاولوية لعدم بقاء الموضوع له ح ·

قوله من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين ، أقول: يقع الكلام فى جهتين الاولى فى أن المدار فى الافتراق الموجب لسقوط الخيار أى شئ هل هو طبيعى الافتراق ولو بمقدار اصبع أو بمقدار شعرة أو المناط هو الافتراق بمقدار خطوة أو المناط هو الافتراق العرفى وجوه ثلثة التى ذكرها المصنف ·

الجهة الثانية ،فى أن ما يوجب لسقوط الخيار من الافتراق و أن موضوع الحكم هو الافتراق بما هو افتراق أو ان الموضوع هو الافتراق الكاشف عن الرضا وأما ما كان عن اكراه لايوجب سقوط الخيار ·

أما الكلام فى الجهة الاولى فذكر المصنف أن الافتراق بما هو افتراق موجب لسقوط الخيار قليلاً كان أم كثيراً فان الظاهر من الادلة هو حصول الخيار بمجرّد الافتراق وانفصال الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد ، فاذا حصل مسمى الافتراق و صدق الطبيعى سقط الخيار · والذى يصرح أن مراد المصنف هو ذلك ما ذكره فى ذيل كلامه من قوله فلو تبايعا فى سفينتين متلاصقتين كفى مجرّد افتراقهما ·

الوجه الثانى اعتبار الخطوة فى الافتراق المسقط للخيار فقد

ذكره جماعة اغتراراً بالتمثيل بالخطوة الواقعة فى كلمات جماعة و لكنه لادليل عليه بوجه و انّما ذكره جماعة من باب المثال وعلى تقدير أنهم ذكروا ذلك من باب التحديد فلا دليل عليه لانه لم يرد من الشرع ما يوجب التحديد كما ورد ذلك فى تعيين الكر و النصاب فى الزكوة و نحوهما .

الثالث أن يقال بأن المناط فى ذلك هو الافتراق العرفى وأما الوجهان الاولان فلا دليل عليهما و بيان ذلك أن المراد من الافتراق ليس هو مجرّد الانفصال بأى نحو كان ولو كان طبيعى الانفصال بين المتبايعين لحصوله من الاول بالبديهة فانه قلّما يتفق أن يكون اعضاء أحد المتبايعين متلاصقاً بالأخر باليد أو بشئ آخر من اعضاء بدنهما وعليه فالمراد من الافتراق ليس هو افتراق بدن كل منهما عن الآخر فلابدّ وأن يراد من ذلك هو الافتراق عن مجلس العقد سواء كانا - جالسين أم قاعدين أو مضطجعين أى عن مجلس العقد للمعاملة و لو كان فى حالة المشى فلو كانا فى قبة و اجتمعا فى تلك القبة للمعاملة الخاصة فالاجتماع فيها اجتماع للمعاملة فيكون هذا المجلس مجلس المعاملة فلا يحصل التفرق حينئذ الّا بالتفرق من هذا القبة و انقضاء مجلس البيع عرفاً فانه ما دام هذا الاجتماع فى هذه القبة باق لايصدق التفرق عن مجلس المعاملة كما لايخفى .

فلو قام أحدهما لشرب الماء فى الزاوية أخرى من القبة أو للتوضى لايحصل الافتراق عرفاً و ان حصل التفرق بالدقة العقلية و هكذا ان التفرق فى كل مجلس اجتمعا للمعاملة بحسب حال ذلك المجلس عرفاً وعلى هذا لايضر التفرق بمقدار عشرة خطأ فضلا عن الخطوة الواحده

كما ذكره جماعة بل فضلاً عن التفرق بالمسمّى كما ذكره المصنف بل المناط هو الصدق العرفى وانهدام الهيئة الاجتماعية لاجل المعاملة عرفاً هذا بحسب ما يستفاد من الروايات ٠

ولكن ورد فى رواية صحيحة أنه عليه السلام قال فلما أوجب البيع قمت فمشيت خطأ ليجب البيع فان الظاهر من هذه الرواية الشريفه أن المشى خطأ يوجب سقوط الخيار وان المشى لاجل اسقاط الخيار لالغرض آخر وعليه فالمناط فى سقوط الخيار هو ذلك وأقله بثلثة خطوات فانه لو لم يكن المشى خطأ موجباً لسقوط الخيار لكان ذكره فى الحديث لغواً فانه ليس من باب الصدقة فان الحالات الموجودة حال البيع وبعده كثيرة فلو لم يكن لذكر ذلك موضوعيّة لم يذكره الامام عليه السلام ولذكر غيره فيعلم من ذلك ان المناط فى سقوط الخيار بالتفرق هو ذلك وان الامام (ع) طبق الكبرى الكلية على المورد الخاص لا أن القضية شخصية فى مورد خاص كمالا يخفى فتحصل أن ما يظهر من هذه الرواية الشريفة هو الميزان فى سقوط الخيار بالتفرق ٠

ثم أنه هل يحصل التفرق بحصوله بالاختيار من أحد الطرفين وبالاضطرار عن الآخر أو بالاضطرار من الطرفين أو لا بدّ وأن يكون اختيارياً من كلا الطّرفين وبعبارة اخرى هل يعتبر فى التفرق أن يكون اختياريّا من كلا الطرفين أو يكفى من احد الطرفين أو لا يعتبر الاختيار فى شئ من الطرفين أصلا ٠

الظاهر أنه لايعتبر الاختيار فى حصول مفهوم التفرق أصلاً فانه أمر تكوينيى يحصل بمجرّد انفصال أحد الجسمين عن الآخر وبعبارة

أخرى أن التفرق و الانفصال من الامور النسبية و هو يتحقّق من الطرفين بمجرّد تباعد أحد الجسمين عن الآخر و اذا انفصل أحدهما عن الآخر بأى نحو كان يحصل التفرق من الطرفين حقيقة و أما سقوط الخيار بمطلق التفرق و عدم سقوطه فهو مطلب آخر غير مربوط بالمقام ٠

و أما ما ذكره المصنف من قوله فذات الافتراق من المتحرك و اتصافها بكونها افتراقاً من الساكن فلا معنى له فان الافتراق حقيقة يحصل من الطرفين بمجرّد تفرق أحدهما عن الآخر كما لا يخفى فلا نعقل معنى لكون ذات الافتراق من المتحرك و اتصافها بكونها افتراقا من الساكن كما هو واضح لا يخفى و يدل على تحقق الافتراق بمجرّد تفرق أحدهما قوله (ع) قمت فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا حيث اثبت افتراقهما بمجرّد انفصاله عليه السلام عن الآخر من غير أن يكون الآخر متحركاً بل كان جالساً ٠

(فيما لو اكره احدهما على التفرق)

قوله مسئله المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن اكراه اذا منع من التخاير، أقول : لا شبهة أن موضوع عدم الفسخ هنا مركب من امرين أحدهما التفرق و الثانى عدم الفسخ وعليه قد يكون كل منهما اختياريا بأن يكون متمكناً من الفسخ و لا يكون مكرهاً عليه و يكون مختاراً فى التفرق وعدمه و هذا هو القدر المتيقن من مورد سقوط خيار المجلس بالتفرق أى اذا كان متمكناً من الفسخ وكان مختاراً فى التفرق و مع ذلك تفرّق باختياره و لم يفسخ كك باختياره يسقط خياره ٠

و قد يكون مختاراً فى الفسخ وعدمه و متمكناً عنه و مع ذلك كان

مكرهاً على التفرق وقد يكون عكس ذلك بأن يكون مكرهاً على عدم الفسخ ولكن كان مختاراً فى التفرق فالمعروف المشهور فى هذين الفرضين أيضاً سقوط الخيار والوجه فيه ما سيأتى من أنه مع كون أحد جزئى الموضوع المركب اكراهيا والجزء الأخر غير اكراهى لا يوجب رفع الحكم المتعلق به او المترتب عليه لكونه اختيارياً كما لا يخفى فافهم

قد يكون مكرها على كليهما بأن يكون مكرها على التفرق و غير متمكن من الفسخ اى مكرهاً على عدم الفسخ فالمشهور هنا هو عدم سقوط الخيار وقد استدل على هذا بوجوه كما يظهر من كلام المصنف الاول الاجماع المنقول المنجبر بفتوى المشهور.

وفيه أن كلاً من الاجماع المنقول والشهرة ليس بحجة فلا يكون ضمّ غير الحجّة بمثله مفيداً للحجّية أما عدم حجية الشهرة الفتوائية فواضح وأما عدم حجية الاجماع المنقول فمن جهة أن المظنون أن مدركه هو الوجوه المذكورة فى المقام فلايكون هنا اجماع تعبدى كاشف عن رأى المعصوم (ع).

الثانى أن المتبادر من الفعل هو الاختيارى فالحكم المترتب على فعل يكون مترتباً على فعل اختيارى لا على فعل غير اختيارى فالمناط فى التفرق الموجب لسقوط الخيار هو التفرق الصادر عن المتفرق باختياره لا الصادر بالاكراه فانه حينئذ لايسقط الخيار بل يتمسك باصالة بقاء الخيار ويحكم بعدم سقوطه.

وقد اشكل عليه المصنف بأنه يمكن منع التبادر فان المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى الذى لايعد فعلاً حقيقياً قائماً بنفس الفاعل بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضطر لا فى مقابل

المكره الفاعل بالاختيار :لدفع الضرر المتوعد على تركه فان التبادر ممنوع .

ثم ذكر ثانياً أنه لو تم هذا انّما يتم فى صورة الاكراه والاضطرار على التفرق مع التمكن من الفسخ مع أن المشهور ذهب فى هذه الصورة الى سقوط الخيار .

اقول أما جوابه الثانى أى النقض بصورة الاكراه على التفرق مع تمكنه من الفسخ فهو متين و أما جوابه الاول فلا يمكن المساعدة عليه فانه لافرق بين الاضطرار و الاكراه بل الظاهر أن المتبادر من الفعل هو الأعم من الاختيارى وغير الاختيارى الشامل لصورة الاضطرار أيضاً فان الاختيار لم يؤخذ فى الافعال لابموادها و لا لهيئاتها أما موادها فواضح فلان مثل التفرق و القعود و القيام و الجلوس و النوم و نحوها من مواد الافعال أعم من الاختيارية وغيرها فتخصيصها بحصة خاصة و هى كونها اختيارية مجازفة .

و أما الهيئات فهى مختلفة بحسب المشتقات فانها قد تدل على صدور الفعل و قد تدلّ على حلوله و وقوعه على الموادّ و هكذا فليس فيها اختيار أصلاً نعم قد يكون الاختيار مأخوذاً فى مفهوم المواد لعنوان التعظيم و الاهانة و الصوم و الصلوة و نحوها من الامور التى من العناوين القصدية فان الاختيارية مأخوذة فيها بحسب المفهوم كما هو واضح .

وعلى الجملة لاوجه للقول بأن المتبادر من الافعال هو كونها اختيارية سواء كان الاختيار فى مقابل الاكراه أو فى مقابل الاضطرار فان الافعال غير ما يكون الاختيار مأخوذاً فى مفهومه أعم من الاختيارية

وغيرها ومن هنا ترى أنها تنقسم الى الاختيارى وغير الاختيارى فيقال قيام اختيارى وقيام غير اختيارى وموت اختيارى وموت غير اختيارى وقعود واضطجاع اختياريين وغير اختياريين وهكذا .

الوجه الثالث : الاستدلال بحديث الرفع فان ما اكره عليه أو اضطر عليه الانسان مرفوع فى الشريعة المقدسة بمقتضى حديث الرفع.

وقد أجاب عنه المصنف بانه لايمكن أن يجعل التفرق كلاتفرق بمقتضى حديث الرفع لان المفروض أن التفرق الاضطرارى أيضا مسقط مع وقوعه فى حال التمكن من التخاير فلوكان حديث رفع الاكراه رافعا لحكم التفرق مع عدم التمكن من التخاير لكان حديث رفع الاضطرار رافعاً لحكم التفرق أيضاً مع التمكن من التخاير .

ولكن يرد عليه أنه لامجال لهذا النقض لما عرفت أن موضوع عدم الخيار هو التفرق وعدم الفسخ وهو انما يكون حكماً اكراهياً اذا كان كلا الجزئين من موضوعة المركب اكراهيّا وأما اذا كان أحد الجزئين اختياريّاً والآخر اكراهيّاً فيكون الحكم أيضاً حكماً غير اكراهى وحينئذ لايترتب عليه حكم الاكراه مثلاً اذا كان شخص مكرها على التكلّم بكلمة بع وتكلّم المكره بكلمة بعت منشأً بها بيع داره مثلاً ، فانه لايتوهم أحد أن هذا الانشاء غير مؤثر باعتبار كون بعض أجزاء ما انشأ به البيع صادراً عن اكراه . وهكذا فى جميع الموضوعات المركبة ففى المقام كك فان الاكراه باحد الجزئين لايجعل الحكم اكراهيّا مع كون الجزء الآخر من الموضوع باقياً على اختياريته بحيث يكون الحكم غير اكراهيى به فاذا كان البايع مثلاً مكرهاً على التفرق ولكن كان مختاراً فى الفسخ وعدمه فله أن يفسخ ذلك فلايكون مجبوراً ومكراً على عدم الفسخ فلا

وجه لهذا النقض ٠

وقد اجاب شيخنا الاستاذ عن حديث الرفع أولاً أن النسيان مرفوع فيه أيضاً مع ان القائل باعتبار الاختيار مقابل الاكراه يلتزم بسقوط الخيار مع النسيان والغفلة فيستكشف من السقوط فى مورد النسيان ان ذات الافتراق بما أنه فعل لا بما هو صادر عن اختيار جعل من المسقطات ٠

وثانياً أن حديث الرفع وان لم يختص بالحكم التكليفى ولكن لايمكن التعدى منه الى غير الحكم التكليفى الا الى متعلقاته أى يكون المرفوع به وراء الحكم التكليفى متعلقات التكاليف لا موضوعاته لان مورد بعض المرفوعات منحصر فى متعلق التكليف كالحسد والوسوسة والطيرة فتعميم الرفع لموضوعات التكاليف كالسفر والحضر والتفرق مع عدم الجامع بين المتعلق وموضوع التكليف لاوجه له فيجب أن يراد منه أنه لو شرب المكلف نسياناً أوكرهاً أو افطر كك فشربه كالعدم لا انه لو تحقق السفر أو الاقامة أو التفرق عن كره فوجوده كالعدم ولذا لا يلتزم أحد بانه لو أقام مثلاً عن كره يجب عليه القصر ٠

أما نقضه بالنسيان فهو متين ولكن لاوجه لجوابه الثانى بل لم يلتزم به فى الاصول وانه التزم فبه بعدم الفرق فى شمول حديث الرفع بين الموضوع والمتعلق لأن المرفوع بحديث الرفع هو الحكم المتعلق بفعل المكلف وهو قد يكون متعلقاً للتكليف والمراد به ما يكون مطلوباً أو منهياً عنه وقد يكون موضوعاً له ويكون الحكم مترتب عليه والمراد به ما كان شرطاً للتكليف لا مطلوباً بنفسه فالاول مثل الشرب الذى هو متعلق النهى فى شرب الخمر ونحو ذلك والثانى كالتفرق

الذى موضوع لسقوط الخيار فانه على كل تقدير يرتفع بحديث الرفع كما هو واضح و قد عرفت أنه لم يلتزم بذلك فى الاصول .

و الحاصل أن المرفوع انّما هو فعل المكلف الذى يقع عليه الاكراه و هذه قضية حقيقية فايّما تحققت يتحقق الحكم بمعنى أنه انما وجد الفعل و تعلق به الاكراه يكون هذا الفعل كعدمه بارتفاع الحكم بل لا يمكن الالتزام به أصلاً فان لازم ذلك أن يلتزم بثبوت الكفارة للافطار فى شهر رمضان اذا كان عن اكراه بان يقال أن المرفوع انما هو الحرمة لان افطاره كالعدم و أما الكفارات فهى تترتب عليه فان حديث الرفع لا يجعل الافطار المتحقق الذى هو موضوع الكفارة كعدم الافطار مع انه لم يلتزم به و كك لازم الفرق بين المتعلقات و الموضوعات فى مفاد حديث الرفع أن يلتزم بثبوت الكفارات للمحرمات فى باب الحج التى حكم الشارع بثبوت الكفارات على ارتكابها عن العمد اذا صدرت عن اكراه و نسيان وغفلة أيضاً بأن يقال أنه لو اكره أحد على الصيد فى حال الاحرام أو نسى فاصطاد فتثبت له الكفارة لأن حديث الرفع لا يرفع موضوع الحكم فالصيد الذى موضوع لثبوت الكفارة غير مرفوع بل المرفوع انّما هو الحكم التكليفى و متعلقاته أى جعل الصيد كعدمه بالنسبة الى الحكم التكليفى و لم يلتزم المشهور بذلك .

و أما ما ذكره من الاستشهاد على عدم شمول حديث الرفع لموضوعات الاحكام بعدم كون الاقامة و السفر عن اكراه كغير الاقامة وكغير السفر حيث انّ وظيفة المكلف فى الاوّل هو الاتمام و فى الثانى هو القصر مع أن لازم القول شمول حديث الرفع لموضوعات الاحكام هو الالتزام بكون الاقامة و السفر هنا كعدمهما .

فهو محض اشتباه حيث انّ المستفاد من الاخبار أن موضوع القصر والاتمام انّما هو علم المكلّف بالاقامة وعدم علمه بذلك لا الاقامة الخارجيه وعدمها وأن العلم هنا تمام الموضوع لاجزئه ولذا لوعلم بأنه يقيم فى مكان عشرة أيام فصلّى تماماً ثم تبين انه لايبقى الّا أربعة ايام صحت صلوته فلا معنى للنقض بانه لوكان حديث الرفع شاملا لموضوعات الاحكام ورافعاً لها أيضاً للزم القول بوجوب القصر مع الاكراه على الاقامة أو السفر ولذلك لايرتفع النجاسة بالملاقات عن نسيان أو عن اكراه لان موضوع الحكم فيها هو الاصابة كما يظهر من الروايات ومن هنا ذكرنا فى محله أن شرائط التكاليف قد تكون أموراً غير اختيارية كالوقت نعم التقيد بها أمر اختيارى أى تحت اختيار المكلف .

والحاصل أنه لايمكن التمسك هنا بحديث الرفع لوجهين :
الاول أن الظاهر من حديث الرفع هو الاكراه يوجب رفع الحكم الثابت على ما اكره عليه من موضوع الحكم الذى ترتب عليه الحكم ومن متعلقه الذى ترتب تعلق به الحكم وأما ترتب الحكم على الاكراه بعدم شئ فلا يستفاد من حديث الرفع وتوضيح ذلك انه اذا كان احد مضطراً الى شئ اومكرهاً عليه أو ناسياً فكان الحكم المتعلق به أو المترتب عليه حراماً فى الواقع مثلاً فان حديث الرفع يرفع هذا الحكم كما هو الظاهر .

وأما لوكان الشئ متروكاً عن اكراه أو نسيان فلا يوجب حديث الرفع ترتب الحكم على العمد أى ليس الاكراه على عدم شئ مورداً لحديث الرفع وموجباً لثبوت الحكم الذى كان ثابتاً مع عدم الاكراه مثلاً اذا كان أحد يختار صلوة الجماعة لان يستريح من الشكوك الطارئه

عليه أو يستريح من قرائة الفاتحة فاذا اكرهه أحد على ترك الجماعة فلا يوجب الاكراه ترتب احكام الجماعة عليه من عدم الاعتنا بشكّه لانه حين ما كان يصلى الجماعة لايعتنى بشكّه لحفظ الامام وكك لوكان أحد متجهزاً الى الجهاد ومتلبساً بلباس الحرير لانه يجوز لبسه فى الحرب ولكن منعه شخص عن ذلك اكراهاً فان الاكراه حينئذ لايجوز لبس الحرير والحاصل أن دليل الاكراه يرفع الحكم المترتب على الموضوع الذى اكره عليه أو المتعلق الذى تعلق به الحكم ولا يكون ناظراً أبداً الى اثبات الحكم مع الاكراه على ترك موضوع ترتب عليه الحكم أو متعلق تعلّق به الحكم أى لايكون حديث الرفع متكفلاً لاثبات الحكم الذى ترتّب على الموضوع أو تعلق بالمتعلق حين الاكراه بترك المتعلق والموضوع .

نعم لوكان حديث الرفع شاملاً للمباحات لكان الاكراه على البقاء موجباً لرفع جواز الفسخ ولكنه فرض غير واقع فان حديث الرفع يرفع الالزام لاالجواز وعلى هذا فلا يمكن الحكم ببقاء الخيار مع الاكراه على التفرق بدعوى أنه قد اكره على التفرق فيكون الاكراه موجباً لاثبات حكم عدم التفرق والاجتماع .

واما توهم أن حديث الرفع يرفع لزوم العقد مع الاكراه على التفرق فهو توهّم فاسد فان التفرق ليس موضوعاً لوجوب العقد ولزومه ولا أنه مما تعلق به لزوم العقد بل هو غاية للجواز والخيار الثابت فى المجلس تخصيصاً لعموم وجوب الوفاء بالعقد بمقتضى أوفوا بالعقود فمع التفرق ينتهى أمد الجواز .

وبعبارة أخرى أن العقد كان لازماً من الاول بدليل وجوب الوفاء

بالعقد و قد خرجنا عن ذلك فى زمن خيار المجلس أى بالجواز الثابت فى المجلس و قد كان هذا الجواز مغياً بالافتراق و اذا افتراقاحصلت الغاية لا أنه وجب البيع فان وجوب البيع كان من الاول كما لا يخفى فالجواز انّما هو ثابت مع انحفاظ امرين أحدهما عدم الفسخ و الثانى عدم حصول الافتراق فافهم و اغتنم ٠ فليس اللزوم مترتباً بالافتراق أو متعلقاً به ليرتفع مع الاكراه على التفرق و يبقى الجواز على حاله ٠

الثانى أنه على تقدير شمول حديث الرفع لما ذكر وكونه موجباً لاثبات الحكم ولكنه وارد فى مقام الامتنان و من الواضح أن شموله للمقام على خلاف الامتنان فانه يوجب أن ينتزع مال الغير منه بالفسخ و هوعلى خلاف الامتنان ٠

و الحاصل أنه ذكرت وجوه ستة على عدم سقوط الخيار بالتفرق عن اكراه مع عدم التمكن من الفسخ و قد عرفت أن شيئاً منها لا يرجع الى محصل و قد عرفت أن من جملة ما استدل به على عدم سقوط الخيار و قد عرفت ما اجاب عنه المصنف و شيخنا الاستاذ وعرفت أيضا أن شيئاً من المذكورات لاتصلح للجواب عن ذلك ٠

و قد عرفت أنا اجبنا عنه بجوابين الاول أن حديث الرفع لا يثبت الحكم على نقيض ما اكره عليه الشخص كالامثلة المتقدمة فلو اكره على التفرق فلا يوجب حديث الرفع اثبات الحكم اعنى عدم سقوط الخيار على عدم التفرق الذى هو نقيض التفرق ٠

الثانى أن حديث الرفع انّما ورد فى مقام الامتنان و من الواضح أن الحكم بعدم سقوط الخيار لحديث الرفع على خلاف الامتنان لانه يوجب انتزاع مال الغير من ملكه فانه بعد الحكم بعدم سقوط

الخيار فاذا اعمل الشخص خياره فيكون ذلك سبباً لردّ ما كان تملّك المشترى مال البايع بالبيع و الشراء الى ملك البايع بالفسخ و ردّ الثمن الى ملك المشترى كك و هو على خلاف الامتنان ·

ثمّ اجبنا عن أن حديث الرفع يرفع اللزوم المترتب على التفرق بأن التفرق غاية لسقوط الخيار و ليس موضوعاً للزوم العقد وانما الموضوع له هو العقد و الموجب للزومه هو دليل الوفاء بالعقد و أما التفرق فليس سبباً للزومه و انّما هو غاية جواز الفسخ اعنى الخيار فى المجلس

و لكن الظاهر أن هذا الجواب لا يفيد بيان ذلك قد تقدم فى جواب شيخنا الاستاذ أن فى الموضوعات المركبة لا يكون حديث الرفع رافعاً للحكم المترتب عليها الّا بالاكراه على كلا جزئى الموضوع كما اذا كان التكلّم فى حال القيام حراماً فانه اذا اكره أحد على التكلّم فى حال القيام فيرتفع الحكم بالحرمة عند الاكراه بحديث الرفع وهكذا و اما اذا كان أحد الاجزاء مقدوراً و الآخر غير مقدور فلا موجب لرفع الحكم بحديث الرفع لعدم كون المترتب على الموضوع هما يترتب على موضوع اكراه أو متعلقاً بما لمتعلق الاكراهى كما لا يخفى فافهم ·

و لذا قلنا فى محله انه لا مانع من كون التكليف مشروطاً بشروط غير مقدورة اذا كان متعلق التكليف أو المشروط بهذا الشرط الغير المقدور أمراً مقدوراً و كان ذلك الأمر المقدور مقيّداً بهذا الشرط الغير المقدور بحيث يكون التقيد مقدوراً أى اتيان العمل مقيداً بهذا الشرط و هذه الكبرى و ان كانت مسلمة و لذا عرفت كون التكليف مشروطاً بشرط غير مقدور و لكنه لا يصح فى المقام و ليس ما نحن فيه من صغريات هذه الكبرى و ذلك من جهة أن أحد جزئى الحكم باللزوم هو العقد

وقد تحقق على الفرض و الجزء الآخر التفرق و هو انّما تحقق بالاكراه فلا يكون الموضوع الذى ترتب عليه الحكم اختيارياً فعلياً بل اكراهياً فيرتفع الحكم باللزوم بحديث الرفع نظير ما اذا كان موضوع الحرمة التكلم فى حال القيام كما تقدم وقد تحقق القيام باختياره وبعد تحققه بالاختيار فاكره القائم على التكلم فانه ترتفع الحرمة حينئذ وما ذكرناه من الكبرى فمورده قبل تحقق أحد جزئى الموضوع المركب فانه ح الاكراه بأحد الاجزاء لايوجب كون الموضوع اكراهيّاً ليوجب رفع الحكم بل المكلف بعد على اختياره بالنسبة الى ايجاد الجزء الآخر فلايكون الموضوع اكراهيّاً حتى يوجب رفع الحكم كمالا يخفى ٠

ففى المقام أن موضوع اللزوم هو العقد و التفرق على الفرض كما عرفت فان دليل الوفاء بالعقد وان كان تمام الموضوع للزوم حين تحقق العقد ولكن بعد التخصيص بأدلة الخيار صار مقيداً بالافتراق عن مجلس العقد لان الخاص يوجب تعنون العام به فيكون الموضوع هما معاً اى العقد و التفرق وقد تحقق العقد على الفرض و هو لاينقلب عما هو عليه فهو أمر لا مناص عنه و ممّا لا بدّ منه ولكن التفرق أمر اختيارى فيدور سقوط الخيار وعدمه على الفسخ وعدمه وعلى التفرق و عدمه و لكن اذا اكره أحد المتبايعين أو كلاهيما على التفرق فيكون موضوع اللزوم متحققاً فى الخارج بالاكراه فيكون ذلك مشمولا لحديث الرفع فيرتفع الحكم المترتب على الموضوع بحديث الرفع كما لا يخفى فافهم فلا يتوهم أن الجزء الآخر و هو العقد قد تحقق بالاختيار فانه بعد تحققه لا ينقلب عما هو عليه نعم قبل العقد فموضوع اللزوم هو العقد و التفرق فاذا اكره على احدهما أوجد الآخر بالاختيار لا يكون مترتباً

على موضوع اكراهى كما لا يخفى ٠

و التحقيق فى الجواب أن يقال أن الافعال قد يكون ظاهراً فى الاختيارية وقد يكون اعم من الاختيارية وغيرها أما الاول فلا شبهة فى كون الحكم المترتب عليها أو المتعلق بها مرتفعاً عند الاكراه وأما الثانى فلا يرتفع بذلك لكونه أعم و بعبارة اخرى قد يراد من الفعل هو الفعل النحوى من الماضى و المضارع و الامر و نحوها فان ذلك اذا نسب الى الفاعل يكون أعم من الاختيارية وغيرها كقولنا مات زيد أو قعد و تفرق و نحو ذلك وقد يكون المراد من الفعل ما يصدر من الفاعل ـ بالارادة و الاختيار فهذا ظاهر فى الاختيارية ٠

وعليه فان كان الفعل الاختيارى الصادر من المكلّف بالارادة و الاختيار متعلقاً للتكليف كقوله لاتشرب الخمر أو من موضوعاً له كقوله من افطر فى شهر رمضان فله كذ كفارة فلاشبهة أن الحكم المتعلق به او المترتب عليه يرتفع عند الاكراه بلاشبهة وأما الفعل الجامع بين الاختيارى وغيره فلايرتفع عند الاكراه كالتفرق فيما نحن فيه حيث ان قوله (ع) ما لم يتفرقا فعل أعم من الاختيارى و غيره فيكون مع هذا العموم موضوعاً للحكم فلايكون الحكم المترتب عليه مرفوعاً عند الاكراه وعليه فكما يسقط الخيار بالتفرق بالارادة و الاختيار فكذلك يسقط الخياربمطلق التفرق و ان كان بالاكراه و الاضطرار هذا كله فالنقض المذكورأى النقض بالنسيان كاف فى الجوابية عن عدم شمول حديث الرفع لما نحن فيه و الفرق بين الاكراه و النسيان كما صنعه شيخنا الاستاذ لايرجع الى محصل لعدم النص فى المقام فافهم ٠

و الوجه الرابع ما أشار اليه شيخنا الانصارى (ره) أن الظاهرمن

المطلقات الواردة فى جعل الخيار ما لم يفترقا هو ما كان التفرق عن رضا بالعقد سواء وقع اختياراً أو اضطراراً فاذا كان عن غير اختيار لايكشف عن الرضا فلايوجب سقوط الخيار ·

و فيه أولاً أنه لاموجب لذلك ولامنشأ لهذا التبادر و بأى وجه نستكشف عن كاشفية التفرق الذى يوجب سقوط الخيارعن الرضا كما لايخفى ·

و ثانياً أنه يلزم الالتزام بذلك فى صورة النسيان أيضا فانه ليس التفرق نسياناً أوغفلة كاشفا عن الرضا بالعقد مع ان المشهور التزموا بسقوط الخيار بالتفرق مع النسيان و الغفلة كما لايخفى فافهم ·

الوجه الخامس ما ذكره المصنف أيضا من صحيحة (١) الفضيل فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما دل على أن الشرط فى السقوط الخيار الافتراق و الرضا منهما ولا ريب أن الرضا المعتبر ليس الا المتصل بالتفرق بحيث يكون التفرق عنه اذا لايعتبر الرضافى زمان آخر اجماعاً و الحاصل أن النص انّما يدل باعتبار التفرق مع الرضا فى سقوط خيار المجلس و من الواضح أنه منتف فى صورة التفرق مع الاكراه فلا يكون الخيار ساقطا مع عدم التمكّن من الفسخ ·

و فيه أن الرواية و ان كانت صحيحة و لكن لازم ما ذكره المصنف ان يكون الحال كك فى صورة النسيان أيضاً و ليس كك على ماذكره المشهور و أما معنى الرواية و اللّه العالم أن المراد من قوله (ع) فلا خيار بعد الرضا منهما هو الرضا الجديد بالعقد ليكون الحديث دالاً على اعتبار كون التفرق كاشفاً عن الرضا بالعقد بكون التفرق وعدم الفسخ عن الرضا

١ـ وسائل ج ١٢ ص ٣٤٦ ·

بل المراد من هذا الرضا هو الرضا الاولى المتعلق بالعقد حين البيع غاية الامر أنا خرجنا من ذلك فى زمن الخيار و مع التفرق يكون الرضا الاولى باقياً على حاله أيضاً لا أن هنا رضا جديداً متصلا بالتفرق و بعبارة اخرى أن المراد من الرضا فى الرواية الرضا الذى ثبت عليه لزوم العقد لا الرضا بالعقد و بعدم الفسخ عند التفرق لكونه هو الذى وقعت المعاملة عليه كما هو المفروض فان البيع لم يقع عن اكراه ٠

الوجه السادس ما ذكره المصنف أيضاً فى ذيل الصحيحة فكانه ره طبق الصحيحة عليه و قال أو يقال انّ قوله بعد الرضا اشارة الى اناطة السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عن افتراقهما فيكون الافتراق مسقطا لكونه كاشفاً نوعاً عن رضاهما بالعقد و اعراضهما عن الفسخ ٠

و فيه أيضاً انه ظهر جوابه ممّا ذكرناه بدعوى أنه من اين علم كون التفرق مسقطاً للخيار لكونه كاشفاً نوعاً عن الرضا بالعقد ٠

و فيه انه ظهر جوابه ممّا تقدم من أنه على تقدير تماميته يجرى فى صورة النسيان أيضاً فانه ليس التفرق هنا كاشفاً عن الرضا نوعاً مع أن المشهور التزموا بسقوط الخيار عنده كما عرفته ٠ و من هنا ظهر انه لاوجه لما ذكره شيخنا الاستاذ من أن الفارق بين الاكراه و النسيان هو النص حيث قال ان النص دل على سقوط الخيار مع الافتراق نسيانا و وجه الاندفاع أنه لم نجد نصاً يدل على ذلك و أما صحيحة الفضيل فهى اجنبية عن المقام فتحصل ان الخيار يسقط بجميع أقسام التفرق كما لا يخفى ٠

قوله مسئلة لو اكره أحد على التفرق و منع عن التخاير وبقى الآخر فى المجلس أقول بناءً على أن التفرق يوجب سقوط الخيار مطلقاً سواء

كان بالاكراه أو بغيره و سواء كان عن التفات أو بغيره فلامجال للبحث على هذه المسئلة فانه بجميع اقسامه يوجب سقوط الخيار و أمّا بناءً على أن التفرق الحاصل عن اكراه لا يوجب سقوط الخيار فنقول : قد يكون تفرق كل من المتبايعين عن الاختيار و قد يكون احدهما عن اختيار و الآخر بغير اختيار وعلى الاول فقد يكون كل منهما أيضاً متمكنا عن الفسخ أيضاً و قد لا يكون كلاهما أو احدهما كك وعلى الثانى فقد يكون احدهما مكرهاً على التفرق و ترك التخاير أيضاً و بقاء الآخر فى المجلس مختارا فى المصاحبة أو التخاير و أخرى بالعكس بابقاء احدهما فى المجلس كرهاً مع المنع من التخاير و ذهاب الآخر اختياراً فذكر المصنف أن محل الكلام هو الاول و سيتضح حكم الثانى هذا فنقول انه بناءً على اعتبار الاختيار فى التفرق فهل لا بدّ من كون كل من المتبايعين مختاراً فى التفرق بحيث أن الغاية لسقوط الخيار هو التفرق منهما اختيارا أو يكون فى سقوط خيار المجلس كون أحدهما مختاراً فى التفرق فقط و ان لم يكن الأخر كك وعلى الاول فهل التفرق الموجب لسقوط الخيار بعنوان الاستغراق بمعنى أن تفرق كل منهما يوجب سقوط خيار نفسه أو بعنوان المجموع بمعنى أن تفرقهما مجموعاً عن اختيار يوجب سقوط خيارهما وعلى الثانى فهل يكون مجرّد كون أحدهما متفرقاً بالاختيار موجباً لسقوط الخيار عن الآخر الذى كان باقياً فى المجلس أو يفصل بين بقاء المختار فى المجلس فالثبوت لهما و بين مفارقته فالسقوط عنهما و قد اختار القول بهذا التفصيل العلامة(ره) فى التحرير اذن فالاقوال فى المسئلة اربعة .

و التحقيق أنه لا بدّ من ملاحظة مدرك الحكم باعتبار الاختيار فى

التفرق و ترك التخاير فی المسئله السابقة فان كان مدركه هو الاجماع فبناءً على حجيته و انجباره بالشهرة الفتوائية كما فی المتن فلا يشمل المقام فان المتيقن منه ما اذا كان كل من التفرق و ترك التخاير اكراهيّاً من الطرفين فلا يشمل ما اذا كان أحدهما مختاراً فی ذلك فانّه دليل لبىّ فلابدّ من أخذ المتيقن منه ٠

و أما اذا كان مدرك اعتبار الاختيار فی التفرق الموجب لسقوط الخيار هو غير الاجماع فالظاهر أنه لا يسقط الخيار الا بحصول التفرق بالرضا و الاختيار من الطّرفين و انه لا يمكن الاكتفاء بتفرق واحد منهما عن اختياره مع كون التفرق من الأخر عن غير اختياره و الوجه فی ذلك أن التفرق من الامور الاضافية و من المقولات النسبية كعنوان الأبوة و والبنوة و الاخوة و العمومة و السببية و المسببية و العلية و المعلولية و غيرها من المقولات الاضافية و من الواضح أن شيئاً من المقولات الاضافية لاتوجد فی الخارج و لاتحقق الّا بالطّرفين فلايعقل الابوة بدون الابن و لا البنوة بدون الأب و هكذا سائر المقولات الاضافية ٠

و مفهوم التفرق أيضاً كك فانه لايتحقق الا بالطرفين فانه عبارة عن انفصال شئ عن شئ و افتراق جسم عن جسم فلايعقل أن يصدق هذا العنوان على شئ واحد فقهراً يعتبر افتراقه عن شئ آخر ويلاحظ باعتباره وعليه فلايسقط الخيار المجلس الذى كان مغياً بالافتراق الّا بافتراقهما ثم نقول أن هذا المفهوم و ان لم يعتبر فی تحققه الاختيار كما تقدم لا من حيث المادة و لامن حيث الهيئة لصدقه على الجمادات أيضاً فضلاً عن اعتبار الاختيار فيه فانه يصح أن يقال أن الجدار افترق بعضه عن بعض و كك يصح نسبته الى كل جماد و غيره باعتبار انفصال

بعض أجزائه عن بعض فانه بمعنى الانفصال فكما لايعتبر فيه ذلك فلا يعتبر فى الافتراق أيضا ذلك ·

و لكن مع لحاظ تلك الدالة على اعتبار الاختيار فى التفرق فيكون التفرق الحاصل من الاكراه و بعدم الرضا من أحدهما كعدم التفرق فلايكون موجباً لسقوط الخيار فتكون النتيجة هو سقوط الخيار بمجموع التفرق منهما باختيار كليهما مع عدم المنع من التخاير ·

أما اذا كان دليل اعتبار الاختيار هو تبادر اختيارية التفرق بدعوى أن المتبادر من الفعل المسند الى الفاعل المختار هو اختياريته فلان ما يكون صادراً عن غير اختيار لايكون تفرقاً أصلاً كماهو المفروض وعليه فلايكون خروج أحدهما ولو باختياره عن المجلس تفرّقا ·

و أما اذا كان دليل اعتبار الاختيار هو صحيحة الفضيل من كون التفرق الحاصل برضاهما موجباً لسقوط الخيار فلانه مع كون أحدهما مكرهاً على التفرق لايكون التفرق منهما كاشفاً عن رضاهما فلا يكون موجباً لسقوط الخيار و من هنا ظهر أنه بناءً على كون التفرق كاشفاً عن الرضا النوعى كما ذكره المصنف فى ذيل الصحيحة فلا يكون التفرق الحاصل باختيار من أحدهما دون الآخر موجباً لسقوط الخيار لعدم كشفه عن الرضا نوعاً ·

و أما لو كان دليل اعتبار الاختيار فى التفرق هو حديث الرفع كما هو العمدة فلان التفرق الحاصل بالاكراه من أحدهما كعدم التفرق وحينئذ فيكون ما يتحرك و يخرج باختياره فى حكم العدم بحديث الرفع فقد عرفت أن التفرق من المقولات الاضافية فلايتحقق من شخص واحد أو فى شئ واحد بل لابدّ و أن يتحقق بين شيئين فحيث كان

تفرق المکره فی حکم العدم بحدیث الرفع فلایصدق عنوان التفرق علی خروج الأخر أیضاً و ان کان خروجه بالاختیار کما هو واضح ٠

و بالجملة فلانعرف وجهاً صحیحاً بناءً علی اعتبار الاختیار فی التفرق المسقط للخیار لسقوط الخیار اذا کان أحدهما مختاراً فی التفرق و الآخر مکرهاً فی ذلك ٠

ولکن هنا شئ وهو أنه ورد فی الصحیحة علی ما تقدم أنه قال (ع) فلمّا استوجبت البیع قمت فمشیت خطأ لیجب البیع فان الظاهر منه أنّ التفرق من طرف واحد یوجب سقوط الخیار و وجوب البیع فانه (ع) لم یتعرض بکون تفرقه کان مع التفات الآخر و اختیاره فیکون اطلاق کلامه شاملاً لکون الطرف الآخر مکرهاً فی البقاء أو غافلاً عن تفرقه (ع) فیکون دالاً علی کفایة التفرق من طرف واحد عن رضا و اختیار ولکن ذلك لایزید عن حکایة فعل المعصوم (ع) فلا اطلاق فیه فلعله مشی مع التفات الآخر وعدم متابعة الآخر مع التفاته واختیاره فلا یکون دلیلاً لکفایة التفرق الاختیاری من طرف واحد مع کون الطرف الآخر مکرهاً فی ذلك ٠

قوله مسئلة لو زال الاکراه فالمحکی عن الشیخ و جماعة امتداد الخیار بامتداد مجلس ، أقول : اذا ارتفع الاکراه بعد التفرق عن کره فهل یکون خیاره فوریّاً کما زعمه بعض أو یکون ممتدّاً الی أن یطرئه المزیل الآخر غیر التفرق لحصول التفرق أو المناط فی التفرق هو التفرق بعد زوال الاکراه عن الهیئة التی کان المتعاملان علیها فکأنهما بعد مجتمعان فی مجلس العقد ٠

أما الوجه الأخیر فذکر المصنف أن الهیئة الاجتماعیة الحاصلة

حين العقد قد ارتفعت حسّاً غاية الأمر عدم ارتفاع حكمها وهو الخيار بسبب الاكراه و لم يجعل مجلس زوال الاكراه بمنزلة مجلس زوال العقد و الحاصل أن الباقى بحكم الشرع هو الخيار لامجلس العقد فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار فلابدّ اما من القول بالفور كما عن التذكرة و لعله لان المقدار الثابت يقيناً لاستدراك حق المتبايعين واما من القول بالتراخى الى ان يحصل المسقطات لاستصحاب الخيار و الوجهان جاريان فى كل خيار لم يظهر حاله من الأدلة .

و بالجملة فالقول بامتداد الخيار بامتداد مجلس الزّوال لا وجه له لعدم كونه خارجاً عن ظهور الادلة فيدور الأمر بين القول بفورية الخيار و بين القول باستمراره ما لم يطرئه مزيل غير التفرق لان المورد من موارد دوران الأمر بين التمسّك بالعام و هو هنا ما دلّ على اللزوم و بين استصحاب حكم المخصص لانه لم يدل دليل على ثبوته بالخصوص بعد زوال الاكراه .

أقول قد تعرض المصنف فيما يأتى لحكم الخيار فيما لميدل عليه دليل بالخصوص و دار الأمر فيه بين التمسّك بالعام فيكون الخيار فورياً و بين استصحاب حكم المخصص و يكون الخيار مستمراً و تعرّضه فى خيار الغبن .

و لكن المورد ليس من هذا القبيل و الوجه فيه هو أن التفرق قد حصل بين المتبايعين و لو كان بالاكراه و بعدم الرضا و لا ينقلب الشئ عمّا هو عليه فان التفرّق هو افتراق جسم عن جسم و انفصال كل منهما عن الآخر فهو حاصل لامحالة بل قد عرفت فيما سبق أنه لا يعتبر الاختيار لافى مادة التفرق و لا فى هيئته الا أنه مع ذلك فهذا التفرق كعدمه

من حيث عدم ترتب الاثر عليه فى نظر الشارع و ذلك لانه قد دلّت الادلة السّابقة على عدم كون التفرق بنفسه غاية لسقوط الخيار بل هو مع القيد الآخر الوجودى كما هو مقتضى بعض الوجوه السابقة و العدمى كما هو مقتضى بعض الوجوه الآخر فانه على تقدير انصراف الفعل الى الفعل الصادر عن الفاعل المختار كما هو مقتضى بعض الوجوه السابقة أوعلى فرض اعتبار الرضا فى التفرق لصحيحة فضيل أو لكشف التفرق عن الرضا نوعاً فيكون التفرق المقيد بالرضا موجباً لسقوط الخيار فحيث كان التفرق عن كره عادماً للرضا و حاصلاً بدونه فيكون لغواً و لا يترتب عليه تمر أصلاً فيكون أدلة الخيار محكمة لعدم حصول الغاية و بعد ذلك لاتحصل تلك الغاية أيضاً فان التفرق قد حصل بالاكراه قطعاً و قد عرفت أن الشئ لاينقلب عمّا هو عليه و بعده لا يعقل حصول التفرق عن الرضا فانه ذكر المصنف أن المراد من الرضا هوالرضا المقارن بالتفرق و بعد حصول التفرق بلا رضا كيف يمكن حصول التفرق ثانيا مع الرضا كما لا يخفى .

وعلى تقدير أن يكون دليل عدم تأثير التفرق عن اكراه و ثبوت الخيار معه هو دليل رفع الاكراه فتكون الغاية لارتفاع الخيار هو التفرق عن غير كره فيكون القيد عدمياً فلايرتفع الخيار بالتفرق الخالى عن عدم الاكراه فبعده لايمكن حصول التفرق عن غير كره لحصول التفرق مستقلاً فلاينقلب الشئ عما هو عليه وعلى هذا فيكون الخيار باقيا و ممتداً ما لم يطرئه المسقط الآخر بمقتض أدلة الخيار لكونها مغياة بغاية اما الوجودى أو العدمى فاذا حصل التفرق بغير تلك الغاية فيكون الخيار باقياً على حاله الى الأبد فلايمكن أن يكون التفرق بعد

ذلك مسقطا له و اعتبار التفرق عن مجلس زوال الاكراه كما توهّمه بعضهم خارج عن مفاد أدلة الخيار كما ذكره المصنف فان الاعتبار فى تلك الأدلة على التفرق عن مجلس العقد عن كل مجلس وعن كل حاله فالحق أنه بناءً على اعتبار الاختيار فى التفرق فالخيار باق مع التفرق الاكراهى حتى بعد ارتفاع الاكراه الى أن يطرئه المسقط الآخر غير التفرق كما لايخفى فافهم .

و الحاصل أنه اذا قلنا بعدم سقوط الخيار بالتفرق الاكراهى فاذا زال الاكراه فهل الخيار فورى أو مستمر كما هو مورد النزاع فى كل مورد ثبت الخيار بغير دليل اجتهادى من الامارات فانه يدور الامر بين التمسك بعموم أدلة اللزوم فيكون الخيار فورياً و بين التمسّك باستصحاب حكم المخصّص فيكون الخيار مستمراً ذكر المصنف (ره) أنّه ذكر بعضهم أنّ المناط على التفرق بعد زوال الاكراه فالمناط هو مجلس زوال الاكراه و ذكر أنه لاوجه لذلك لانه ليس لنا مايدل على جعل مجلس زوال الاكراه مجلس العقد بحيث يكون التفرق عن ذلك المجلس مسقطا للخيار و انّما الادلة دلّت على أن الخيار باق و لم يرتفع بالتفرق و أما التفرق فهو حسى لاشك فيه و أدلة الخيار ساكت عن غاية هذا الخيار أى الأدلة الدالة على ثبوت الخيار مع التفرق عن اكراه ساكتة عن بيان أمد الخيار بل هى ناظرة الى أصل ثبوت الخيار و عدم سقوطه بالاكراه كمالا يخفى و أما بيان الأمد فخارج عنها فافهم فيكون هذا الخيار من مصاديق ما سيأتى فى خيار الغبن من ثبوته بغير نص فيدور الأمر فيه بين القول بفورية الخيار و بين استصحاب حكم المخصّص و القول بثبوته مستمراً .

اقول : أما ما افاده من عدم دلالة الدلیل علی جعل التفرّق کعدم التفرّق فهو متین جداً فان التفرّق حاصل تکویناً فلا یمکن أن بعد ذلک غایة للخیار فان الشیٔ لاینقلب عمّا هو علیه و الحاصل أنه لایمکن القول بأن المناط هو التفرّق عن مجلس زوال الاکراه فی سقوط خیار المجلس فانه کما ذکر المصنف لم یدل دلیل علی تنزیل مجلس الزوال منزلة مجلس العقد و لاعلی بقاء التفرّق وأن الحاصل منه کعدم بحیث یلاحظ ذلک جدیداً بعد زوال الاکراه فانه کما عرفت قد حصل التفرق حساً فلا یمکن أن یکون ذلک غایة للخیار بعد و لکن ما ذکره من جعل الأمر دائراً مدار فوریة الخیار للتمسک بعموم أدلة اللزوم فانه یقتصر فیما لم یدل دلیل خاص علی ثبوت الخیار علی المتیقّن وهو الفور و اما من الرجوع الی استصحاب حکم المخصّص و الحکم بثبوت الخیار علی الدوام و وجه الضعف هو أنا نحکم بثبوت الخیار هنا تمسّکاً بعموم أدلة الخیار و لایسقط ذلک الا بمسقط آخر غیر التفرق فان التفرّق الحاصل بالاکراه لایکون غایة لسقوطه فانه لم یکن بما هو تفرّق غایة لسقوط الخیار بل الغایة انما هو التفرق المقید بعدم الکره بناء علی أن دلیل الدال علی اعتبار الاختیار هو دلیل رفع الاکراه والمقید بقید وجودی و هو الرضا بناءً علی أن دلیل اعتبار الاکراه هو صحیحة الفضیل أوانصراف الفعل الی الفعل الصادر من الفاعل المختار فالحاصل علی کل تقدیر هو التفرق و هو بنفسه لیس غایة و ما هو غایة أعنی التفرّق المقید فلم تحصل فیکون المورد مشمولاً لأدلة الخیار فتکون أدلة الخیار دالاً علی ثبوته من غیر أن یکون مغیاً بغایة اذ الغایة کما عرفت هو التفرّق المقید باحد القیدین المذکورین و من الواضح أنه حصل بغیر ذلک

القيد فلا يمكن أن يحصل بعد ذلك فتكون دالة على بقاء الخيار الى الأبد ما لم يطرء عليه مسقط آخر غير التفرّق ٠

وعلى الجملة فالخيار ثابت هنا باطلاق أدلة الخيار فلا يقاس ذلك بما يأتى فى خيار الغبن من أنه مع عدم ثبوت الخيار بالنص مع ثبوته قطعاً فلابدّ اما من القول بالفورية تمسكا بعموم أدلة اللزوم أو القول باستصحاب حكم المخصص تمسّكا بالاستصحاب ٠

قوله و من مسقطات هذا الخيار التصرّف أقول لم يرد فى نصّ و لا فى رواية ان التصرف يوجب سقوط خيار المجلس أو خيار الشرط الا أن يدعى بقيام الاجماع عليه و هو كما ترى نعم ذلك فى خيار الحيوان

و قد تمسّك المصنف وجعل التصرف مسقطاً للخيار بالتعليل المذكور فى بعض أدلة خيار الحيوان حيث قال فان أحدث المشترى فيما اشترى حدثاً قبل ثلثة ايام فذلك رضا منه فلاشرط فان المنفى يشمل شرط المجلس و الحيوان ثم عقب قوله هذا بالتأمل وهو فى محله

بيان ذلك أنه لا يمكن التعدّى عن مورد الرواية وهو خيار الحيوان الى غيره فان سقوط الخيار فيه انما هو بالتعبّد و التعليل وارد فى مورد التعبد فلايمكن تسريته الى غيره لأنه لا شبهة أن التصرف مسقط لخيار الحيوان سواء كان مقارناً بالرضا أم لا حتى لو صدر مع الغفلة عن حكمه فيكون أيضاً مسقطا كما اذا اشترى الجارية فقبلها بتخيل انها مملوكت له مع عدم كونه راضيا بالبيع أى رضاء جديدا غير الرضا بأصل العقد بل يريد التروى و مع ذلك ليكون مسقطاً كما فى رواية اخرى ارئيت ان لامس أو قبل فذلك رضى فيه بالبيع و على هذا فكيف يمكن التعدى الى غير مورده مع ما نرى بالعيان و نشاهد ـ

بالوجدان أن التصرف لا يكشف عن الرضا بالبيع .

نعم لانضائق باستفادة الكبرى الكلية من هذه الرواية وهى أنه يسقط الخيار باسقاط ذى الخيار لكونه راضياً بالبيع كما اشرنا الى ذلك فى التكلم على أن اسقاط الخيار يوجب سقوطه أم لا .

وأما الزائد عن ذلك فلا اذن فالحق أن تصرف المتبايعين أحدهما أو كلاهما فيما انتقل اليهما لا يوجب سقوط الخيار كما لا يخفى الّا أن يدعى فى المقام اجماع على مسقطية التصرّف فهو كما ترى .

(فى خيار الحيوان)

قوله الثانى خيار الحيوان ، أقول : لاخلاف بين الفرقين فى ثبوته فى الجملة فى بيع الحيوان وانما الكلام فى خصوصيّة ذلك ويقع الكلام فى ذلك فى جهات عديدة .

الاولى أن المراد بالحيوان هل هو مطلق الحيوان أو مالم يقصد منه الا لحمه فظاهر النص والفتوى هو العموم فيشمل كل حيوان حتى الزنبور والجراد والسمك ونحوها .

ولكن ذكر المصنف أنه لا يبعد اختصاصه بما كان المقصود منه حياته فى الجملة فبمثل السمك المخرج من الماء والجراد المحرز فى الاناء خارج عن مورد هذه الأدلة لانها لاتباع من حيث انها حيوان بل من حيث انه لحم ثم اشكل على نفسه بالصيد المشرف على الموت باصابة السهم أو بجرح الكلب .

وان كان مراده من ذلك الكلام أن ما يقصد لحمه بشخصه فلا خيار فيه فلابدّ وأن يلتزم بما لم يلتزم به أحد بأن يقول بسقوط الخيار

فيما كان الشراء للحمه أو لأجل الهدى و نحوه ثم بدى فلم يذبح فانه لم يقل أحد و لم يتوهم متفقه بسقوط الخيار هنا و ان كان غرضه أن ماكان بنوعه مقصوداً منه اللحم فلاخيار فيه .

و فيه أولاً أنه من اين استفيد هذا الحكم مع كون الادلة مطلقا و ثانياً أنه امر لا ينضبط اذ يمكن أن يكون غرضه المشترى فيما كان الغرض النوعى منه اللحم أن يكون هو الابقاء كالسمك مثلاً نعم فى مثل الجراد لايكون غرض للابقاء و ثالثا قد لايمكن ان يكون الغرض فى بعض الحيوانات الحياة من النوع الذى قصد منه الحياة كما اذا أصابه جرح من السهم أو من الكلب كالغزال مثلاً بحيث لايعيشى مع أن الغرض تعلق بحياته و بالجملة أن هذا الحكم لايمكن تصديقه نعم قد يتعلق الغرض بكون المراد من الحيوان هو اللحم فقط حتى لو ذبحه البايع ثم أعطاه لايضمن بشئ أصلاً و قد ذكرنا فى البحث عن بيع هياكل العبادة المتبدعة أنه قد يكون الغرض الاصيل من المبيع هو المادة فقط كبيع الصليب للحطب وعليه فلاتلاحظ الهيئة أصلاً ولو كان فيها عيب وكك فى المقام فاذا كان المقصود بالذات هو اللحم فلا يلاحظ الهيئة أصلا .

ثم انه فيما ثبت الخيار فظاهر الاطلاقات أن الخيار يمتدد الى ثلثة أيام فلايكون فورياً .

ثم ذكر المصنف أنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع الشخصى أو يعم الكلى أيضاً ثم قرب اختصاصه بالشخصى و لكن لا ندرى من اين جاء هذا الاحتمال و دعوى أن الحكمة من جعل الخيار و هو التروى مختصّة بالمبيع الشخصى لعدم جريانه فى الكلى مجازفة لعدم لزوم الاطراد

فى الحكمة أولا و لأن المراد من التروى فى أصل البيع لا فى المبيع وهو جار فيما اذا كان المبيع كلياً و هذا ثانياً فلامجال لهذا الاحتمال أصلا

قوله ثم أنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع كما هو المنساق فى النظر من الاطلاقات مع الاستدلال به فى بعض معاقد الاجماع أقول قد يكون الكلى فى المعين و قد يكون فى الذمة و على الثانى قد يكون حالاً و قد يكون موجلاً كالسلم و قد تقدم أقسامه فى بيع صاع من صبرة أما الاول فلاشبهة فى ثبوت خيار الحيوان فيه والشيخ أيضا لم يستشكل فيه بل كلامه ناظر الى القسمين الأخيرين فان القسم الاول نظير البيع الشخصى كما اذا كان عنده حيوانان متماثلان فيبيع أحدهما أو انسانان متماثلان فيبيع أحدهما فانه يكون الخيار ح ثابتا للمشترى أوله و للبايع معاً ٠

و أما القسم الثالث من الكلى فذكر شيخنا الاستاذ أنه يختص بالبيع الشخصى بدعوى أن المشترى لايملك مطالبة الكلى فى باب السلم قبل موسم قبضه فلايمكن جعل مبدء الخيار قبل حلول الأجل و أما بعد القبض فلا دليل على أن مبدء الثلاثة من حين القبض فهذا القسم لو لم يمكن الالتزام بثبوت الخيار فيه لايمكن الالتزام بثبوته فى الكلى الحالى لعدم الفرق بينهما ٠

ثم ذكروا أن أدلة الخيار منصرفة عن بيع الكلى و أن حكمة ثبوته هى النظرة و التروى فى مدة ثلثة أيام حتى يبين أن الحيوان الذى اشتراه هل فيه نقص أم لا و أنه صلاح له أم لا و من الواضح أن هذه الحكمة غير جارية فى الكلى فى الذمة اذ لم يسلم المبيع فيه بعد حتى يتروى المشترى فيه و يرى أنه صلاح له أولا ٠

أقول : الظاهر ثبوت الخيار فى بيع الحيوان فى البيع الشخصى و الكلى أيضاً باقسامها الثلثة أما ما ذكروه من الانصراف فلاوجه له بوجه بعد ما كانت الأدلة مطلقه و لا نعرف منشأ للانصراف خصوصا بعد ملاحظة أن خيار الحيوان قد ذكر فى بعض الاحاديث مع خيار المجلس و من الواضح أنه لو يستشكل أحد فى ثبوت خيار المجلس فى البيع الكلى و ليس بينهما فرق و لا فى أحدهما خصوصيته الا أن أمد خيارالحيوان الى ثلثة أيام و أمد خيار المجلس الى حين الافتراق فلاوجه لتخصيص خيار الحيوان بخصوصيته دون خيار المجلس ٠

و أما ماذكروه من أن حكمة خيار الحيوان هو التروى و ملاحظة ان الحيوان صلاح للمشترى أم لا و فيه أولاً أنّ الحكمة غير سارية الى جميع الافراد بل قد توجد فى بعض الافراد و قد لاتوجد كما هو شأن الحكمة فى كل مورد ٠

و ثانياً أن ثبوت خيار الحيوان و ان كان هو التروى الا أنه لابدّ من التروى فى البيع و ملاحظة أنه صلاح للمشترى أو لا دون التروى فى المبيع و من الواضح أنه بناءً على هذا فللمشترى أن يتروى فى البيع لكى يرى أنه صلاح له أم لا و أما ما ذكره شيخنا الاستاذ فيرد عليه أن بيع السلم ليس ببيع قبل القبض بل هو قبله نظير الايجاب الخالى عن القبول فكما أن الايجاب الخالى عن القبول ليس ببيع فكك بيع السلم فانه قبل القبض ليس ببيع و انّما يتم و يكون بيعا بعد القبض كما أن الايجاب يكون بيعاً مع القبول وعليه فلابأس بن القول بثبوت الخيار فى بيع السلم و يكون مبدئه حين تحقق القبض كما لايخفى فيكون مشمولاً لادلّة خيار الحيوان وعلى الجملة لانرى مانعاً عن شمول ادلّة

خيار الحيوان لكل بيع حيوان سواء كان البيع شخصياً أم كلياً و سواء كان الكلى فى المعين أم فى الذمة مؤجلاً أم حالاً فدعوى انصرافها عن القسمين الاخيرين من الكلى دعوى جزافية كما لا يخفى ٠

قوله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشترى ، أقول فى المسئلة ثلثة أقوال الأول اختصاص الخيار بالمشترى و هوالمشهور بين الاصحاب حديثاً و قديماً الثانى ثبوته للبايع و المشترى معاً و هو المنسوب الى السيّد المرتضى و هو اول من ذهب الى هذا القول و لعل مراده فيما كان المبيع حيواناً دون ما كان الثمن حيوان ٠

الثالث ثبوته لصاحب الحيوان سواء كان هو البايع أم المشترى و أما مدارك الاقوال فمدرك القول الاول هو جملة من الروايات (١) الدالة على اختصاص خيار الحيوان بالمشترى و فى بعضها تصريح بذلك و فى بعضها نظرة ثلثة أيام اى مهلة ثلثة أيام و لاشبهة أن جملة منها صحيحة و بعضها موثقة ٠

و مدرك القول الثانى صحيحة (٢) محمّد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلثة أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا : فانها قريب من الصراحة فى كون الخيار ثابتاً لكل من البايع و المشترى ٠

و مدرك القول الثالث صحيحة محمد بن مسلم أيضاً المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلثة أيام و فى بعضها قيّد صاحب الحيوان بالمشترى كما فى مؤثقة بن فضّال (٣) ٠

١ـ وسائل ج ١٢ ص٠ ٣٥ باب ٤ حد ١ وحد ٩ من باب ٣ و٥
٢ـ وسائل ج ١٢ باب ٣ و ٣٤ حد ٣ ٠
٣ـ وسائل ج ١٢ ص ٣٤٩ حد ٢ ٠

أما الطائفة الاولى من الروايات فلا شبهة فى دلالتها على اختصاص الحكم بالمشترى بل قد عرفت أن بعضها صريح فى ذلك فتدل بمفهومها على نفى الخيار عن غير المشترى لا من جهة القول بمفهوم الوصف بل هى مسوقة لبيان التحديد وأن خيار الحيوان لا يثبت فى غير المشترى وهذا هو صريح الأسؤلة فى بعضها وصريح الجواب فى بعضها الآخر وأصرح من الكل رواية (١) قرب الاسناد حيث فصل فيها ثبوت الخيار للمشترى أو البايع أولهما وهذا واضح ٠

ونظير ذلك التحديد ما ورد فى بعض روايات عدم تنجس الماء الكر حيث سئل (ع) أى مقدار لا ينجس ولا ينفعل من الماء قال (ع) كر من الماء فان الجواب حيث كان فى مقام التحديد فيدل على المفهوم وكذلك ما ورد فى قصر الصلوة حيث سئل فى كم يقصر المسافر قال فى اربعة فراسخ ذهاباً واياباً أو ثمانية فراسخ ذهاباً على ما هو مضمون الرواية ٠

وعلى هذا فتقع المعارضة بين هذه الطائفة وصحيحة محمد بن مسلم وعليه فان كان مجرّد تعدد الرواية موجبا للترجيح فناخذ الروايات الدالة على اختصاص الخيار بالمشترى ولكن قد ذكرنا فى مبحث التعادل والترجيح أن الشهرة على تقدير كونها مرجّحة ليس معناها أن يكون أحد المتعارضين اكثر من حيث العدد من الاخر بل كون الرواية ظاهرا فى نفسها لكونها منقولة فى الاصول ولم يكن نادراً ولذا جعلها فى الرواية من الامر البين رشده ومن الواضح أن كل من الطائفة الدالة على

١ـ وسائل ج ١٢ ص ٣٥٠ حد ٩ ٠

اختصاص الخیار بالمشتری و صحیحة محمد بن مسلم من الامور البینة رشد ها کما لا یخفی ٠

وعلیه فلابدّ من أخذ مرجح آخر و من الواضح أن ما دل علی اختصاص الخیار بالمشتری موافق لعموم الکتاب و السنة دون الصحیحة فان العمومات کقوله تعالی أوفوا بالعقود و أحل الله البیع و تجارة عن تراض و قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم و قوله (ع) البیّعان بالخیار ما لم یفترقا فاذا افترقا وجب البیع وغیر ذلك من العمومات الدالة علی اللزوم فلولا المعارضة بین الروایات لأخذنا بصحیحة محمد بن مسلم و نخصص بها العمومات و لقلنا بعدم لزوم البیع بالنسبة الی المتبایعین فی بیع الحیوان لثبوت الخیار للمتبایعین کما أنها خصصت بثبوت خیار المجلس لهما کما لا یخفی ٠

ولکن لأجل المعارضة لا یمکن الأخذ بها فلابدّ من الأخذ بما هو موافق للکتاب کما لا یخفی و اذن فلابدّ من رفع الید عن صحیحة محمد بن مسلم مع جلالته وعظمته لقانون المعارضة و یؤید ذلك اعتضاد ما دل علی اختصاص الحکم بالمشتری بالشهرة بل قیل ان روایة محمّد بن مسلم قد اعرض عنها الاصحاب ولم یعمل بها الا السید المرتضی ٠

و قد یقال بتأویل روایة محمد بن مسلم بأن المراد منها هو ثبوت الخیار للمشتری و حیث أن البایع طرف له و یقع الخیار بینهما و لذا قیل المتبایعان بالخیار ٠

و لکنه تأویل بارد وعلی خلاف الظاهر بل خلاف الصراحة منها فلایمکن حمل الصحیحة علیه فانه حمل بلاوجه ٠

و قد یقال بأن المراد من الصحیحة هو صورة کون العوضین حیوانا

بأن يكون كل من الثمن و المثمن حيواناً فانه حينئذ يكون كل منهما ذى خيار .

و لكن يرد عليه أولاً أنه خلاف ظاهرها بل خلاف صراحتها .

و ثانياً أن حملنا الصحيحة على هذا الاحتمال لزم أن يهمد الامام(ع) حكم ما هو الغالب فان الصحيحة على هذا يتعرض حكم بيع غير الحيوان بقوله و فى غير الحيوان حتى يفترقا و أيضاً تعرض حكم البيع الذى اشتمل على كون كل من العوض و المعوّض حيواناً و لكن أهمل ما هو الغالب اعنى ما يكون المبيع حيوان فهو بعيد غايته و قد يتوهّم أن التعليل فى بعض الروايات من الطائفة الاولى يدل على اختصاص الحكم بالمشترى فيما كان المبيع حيواناً لان قوله (ع) نظرة ثلثة أيام هو منطبق على المشترى فله أن ينظر ثلثة أيام و فيه أن النظرة بمعنى المهلة فليس هنا تعليل اصلاً فهواشتباه محض

و أما الطائفة الثالثة الدالة على أن صاحب الحيوان بالخيار سواء كان هو البايع أو المشترى فقد يقال باختصاص هذه الطائفة بالمشترى بدعوى أنه ذكر فى بعضها صاحب الحيوان المشترىبالخيار فيكون مطلق مقيدا بذلك و فيه أنه لا معنى لحمل المطلق على المقيد فى الاحكام الانحلالية الغير المتنافية فلاتنافى بين كون الخيار لمطلق صاحب الحيوان و بين كونه للمشترى أيضاً .

وعليه فيدور الأمر بين رفع اليد عن اطلاق هذه الطائفة من الروايات و حملها على صاحب الحيوان المشترى اعنى من انتقل اليه المبيع و بين رفع يد عن ظهور الطائفة الاولى من الرواية فى التقييد و اختصاص الحكم بالمشترى و نفيه عن البايع بل يحمل على الفرد

الغالب لان الأغلب أن الحيوان يكون مبيعاً فى بيع الحيوان فحيث أن الطائفة الاولى ظهورها فى التقييد أقوى من ظهور الطائفة الثالثة فى الاطلاق فترفع اليد عن ظهور الطائفة الثالثة و مع الاغماض عن ذلك فانه لا بد من رفع اليد عن الطائفة الثالثة و العمل بالطائفة الاولى لان الطائفة الاولى موافقة للكتاب و السنة بخلاف الطائفة الثالثة فانه قد ثبت بالعمومات من السنة و الكتاب لزوم العقد والقدر المتيقن من رفع اليد عن هذا اللزوم هو ثبوت الخيار للمشترى و أما ما دل على ثبوته للبايع فمع قطع النظر عن ابتلائه بالمعارضة كان مخصصا للعمومات و حيث ابتليت بالمعارضة فانه لا بدّ من رفع اليد عن ذلك لكونها مخالفة للعمومات الكتاب و السنة ·

قوله : مسئله لافرق بين الأمة و غيرها فى مدة الخيار أقول : قد ذكر فى الغنية أن مدة خيار الأمة مدة استبرائها و حكم غير واحد من القدماء بضمان البايع لها مدة الاستبراء و توهم بعضهم ملازمة ذلك مع ثبوت الخيار للمشترى و لكن لا نعرف وجهاً صحيحاً لكلا الحكمين أى الحكم بثبوت الخيار مدة الاستبراء و الحكم بضمان البايع أما الاوّل فلانه لا ملازمة بين القول بثبوت الخيار للمشترى و بين كون ضمان الأمة على البايع فى مدة الاستبراء اذ لم تثبت الملازمة بين ضمان شخص و بين ثبوت الخيار لطرفه بل الملازمة بالعكس فانه ثبت أن من له الخيار ضمان ماله على من لا خيار له و أما فى كل مورد ثبت الضمان نحكم بثبوت الخيار لطرفه فهو بلا وجه أصلاً فان كثيراً ما يثبت الضمان ولا يكون خيار لطرفه كما اذا كان المنشأ للتلف شيئاً آخر · وعلى الجملة فلا يمكن كشف الخيار للمشترى من ثبوت الضمان على البايع ·

وأما الحكم بثبوت ضمان الأمة فى مدة الاستبراء على البايع فايضا لا دليل عليه فانه لم يثبت لنا ضمان البايع على الأمة فى مدة الاستبراء وكيف كان فالحكم فى الأمة هو الحكم فى بقية الحيوانات من غير فرق بينهما فأدلة خيار الحيوان محكمة فى جميعها ٠

قوله : مسئلة مبدء هذا الخيار من حين العقد أقول : الظاهر من الروايات الدالة على ثبوت خيار الحيوان ظاهرة فى أن ثبوت خيار الحيوان كثبوت خيار المجلس فان قوله (ع) الشرط فى الحيوان ثلثة ايام وفى غيره حتى يتفرقا أن خيار الحيوان انّما يثبت من حين خيار المجلس وان خيار المجلس انما يثبت من حين العقد كما هو واضح٠

وعليه فلو انقض ثلثة أيام انقض به خيار الحيوان سواء حصل التفوق أم لا ٠

ولكن قد استدل على أن مبدئه بعد حصول التفرق بوجوه :

الاول الاصل العملى بأن يقال أن الاصل بقاء الخيار الى ثلثة ايام مثلاً اذا فرضنا أنه حصل التفرق بعد مضى ساعة من حين العقد ومضى ثلثة أيام من حين التفرق وثلثة ايام وساعة من حين العقد فنشكح فى أنه هل الخيار ثابت فى هذه الساعة الاخيرة أم لا فنستصحب بقائه ٠

وبتقريب آخر فنشك فى ثبوت خيار الحيوان من حين العقد وعدم ثبوته فالاصل عدم ثبوته من حين العقد الى زمان التفرق ٠

وكلا الاصلين لا وجه له اما الاول فيرد عليه أولاً أن الاستصحاب لا يجرى فى الاحكام الكلية كما حققناه فى محله ٠ وثانيا ان هذا المورد من قبيل الشك فى المقتضى بمعنى أنا نشك فى ثبوت الحكم فى عمود الزمان من جهة حصول الغاية وامتداد المقتضى وعدمهما وقد ذهب

المصنف الى جريانه فى ذلك و منع شيخنا الاستاذ عنه و خص جريان الاستصحاب بموارد الشك فى الرافع مثلاً اذا شككنا فى تحقق الطلاق وعدمه فى العقد الدائم فنجرى الاستصحاب و نقول : ان الاصل عدم تحقق الطلاق و بقاء الزوجية كما كانت و أما اذا شككنا فى ارتفاع العقد المنقطع فلايمكن اجراء الاستصحاب فيه بل نشك فى أن المقتضى موجود أم لا فنشك فى امتداد المقتضى حسب عمود الزمان فحيث لا يقين لنا بأن المقتضى لبقاء العقد المنقطع أى مقدار من الزمان فنحكم بعدم جريانه كما ذهب اليه الاستاذ وعلى الجملة أن الشك فى المقتضى بهذا المعنى أى بمعنى أن المقتضى أهو أمر ممتد أم لا لا يجرى فيه الاستصحاب و ان ذهب المصنف الى جريانه فمقامنا من هذا القبيل لأنا نشك أن أمد خيار الحيوان و المقتضى لثبوته هل هو ثلثة ايام من حين العقد أو من حين التفرق فاذا شككنا فى ساعة أن الخيار باق أم لا من جهة الشك فى مبدء الخيار فلايجرى فيه الاستصحاب من جهة الشك فى المقتضى لعدم جريانه فيه .

و أما الاصل الثانى فجوابه واضح فان عدم حدوث خيار الحيوان قبل انقضاء المجلس لا يثبت الخيار بعد انقضاء ثلثة أيام من حين العقد فى الساعة المشكوكة كما فى المثال المذكور الا على القول بالاصل المثبت فان ثبوت الخيار فى ذلك الساعة بأصالة عدم حدوثه الى انقضاء المجلس من اللوازم العقليه كما هو واضح .

و مع الاغماض عن جميع ذلك فالاصل لامجال له لان الادلة الدالة على ثبوت خيار الحيوان ظاهرة فى ثبوته للمشترى من حين العقد و أنه على نسق خيار المجلس الثابت للمتبايعين من حين

العقد ٠

الوجه الثاني : الاخبار الدالة على أن تلف الحيوان فى الثلاثة ممن انتقل عنه أى ممن ليس له الخيار و بضميمة ما دل على أن التلف فى الخيار المشترك ممن انتقل اليه يستكشف أن مبدء خيارالحيوان بعد التفرق لانه لو كان مبدئه اول زمان العقد الذى يشترك فيه البايع و المشترى فى الخيار لما كان التلف على البايع ٠

أقول تنقيح المقام أن مقتضى القاعدة الاولية هو أن تلف كل مال من مالكه و لا يكون محسوبا من كيس شخص آخر بل من كيسه الا اذا ثبت بالدليل الخارجى و عليه فكلما حوسب التلف على المالك فهو موافق للقاعدة ٠

وعليه فاذا دل الدليل على أن التلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له يكون ذلك تخصيصاً للقاعدة المذكورة كما أن التلف قبل القبض كك أى تخصيص للقاعدة المذكورة فكك أن كون التلف فى زمن خيار المشترك أى عند اجتماع خيار الحيوان مع خيار المجلس من مال البايع تخصيص بهذه القاعدة فى المورد المذكور فان كون التلف على مالك فى زمن خيار المشترك لم يرد عليه دليل خاص بل هو ممّا تقتضيه القاعدة الاولية ٠

و بعبارة اخرى فلا تنافى بين كون خيار الحيوان مبدئه من حين العقد و مع ذلك يكون التلف محسوباً من البايع فان ادلة خيار الحيوان كما يكون تخصيصاً للقاعدة الاولية القائمة على أن تلف كل مال على صاحبه فكك يكون تخصيصاً لها فى زمن خيارالمشترك فيحكم بكون التلف من البايع فان زمان خيار المشترك من مصاديق القاعدة

المذكورة لا أنه ورد نص خاص على كون التلف على المالك كما لا يخفى وقد ذكر المصنف أن أدلة التلف من البايع يمكن أن يكون محمولة على الغالب حيث يكون التلف غالباً بعد التفرق و ان كان قد يكون قبله أيضاً و لكنه نادر ٠

و فيه مضافاً الى أن التلف قبل التفرق ليس بقليل فى نفسه و ان كان قليلاً بالنسبة الى التلف بعد التفرق وأن غلبة الافراد لا يكون موجبة لصرف المطلق الى الفرد الغالب وقد ذكرناه مراراً كثيرة ٠

الوجه الثالث أنه لو كان مبدء خيار الحيوان من حين العقد لزم أن يجتمع سببان على مسبب واحد فهو كما لا يمكن فى الاسباب التكوينية فكذلك لا يمكن فى الاسباب الشرعية ٠

و فيه أن هذا الوجه لا يحتاج الى الجواب فان اجتماع خيارين فى عقد واحد كثير كاجتماع خيار الغبن مع خيار العيب واجتماع خيار العيب مع خيار الشرط و هكذا فلا يكون هذا اشكالاً فى المسئلة ٠

و الحاصل أنه قد استدل على أن مبدء خيار الحيوان هو زمان العقد بوجوه : الاول بالاصل العملى ٠

و يرد عليه أن مقتضى الادلة الدالة على ثبوت خيار الحيوان للمشترى هو ثبوته له من حين العقد و مع ذلك فلا مجال للاصل كما لا يخفى ٠

الوجه الثانى : الاخبار الدالة على أن التلف فى ثلثة أيام ممّن لا خيار له مع ضميمة أن التلف فى زمن خيار المشترك من مال المالك فانه لو كان خيار الحيوان ثابتاً من حين العقد لكان التلف على البايع دون المشترى ٠

و فيه أنه لم يرد فی آية و لا رواية أن التلف فی زمان خيار المشتری من مال البايع ليؤخذ باطلاقه و يحصل التنافی بل هو حكم على طبق القاعدة الاولية لان القاعدة الاولية أن تلف مال كل أحد على مالكه فكما ثبت التخصيص لهذه القاعدة الاولية فی موارد خيار الحيوان وكون التلف على البايع وكذلك ثبت التخصيص لذلك فی مورد خيار المشترك أی مع اجتماع خيار الحيوان مع خيار المجلس الذی هو مشترك بين البايع و المشتری وحمل ما دل على كون التلف بعد التفرق لكونه هو الغالب كما صنعه المصنف لا يمكن الالتزام به فانه مضافاً الى أن غلبة الافراد لا يوجب الانصراف أن اخراج الساعة الاولى أعنی ساعة عدم التفرق و ملاحظته نادرة بالنسبة الى البقية من ثلثة أيام لا وجه له فان كل ساعة من ثلثة أيام نادرة بالنسبة الى مجموع ثلثة أيام وعليه فلما ذا لا نخرج الساعة الاخيرة من ثلثة أيام و نقول بعدم كون التلف فيها من البايع بل من المالك فان الغالب أن التلف يكون فی غيرها فتكون الاطلاقات منصرفة الى غيرها و هكذا فترجيح احدى الساعات على غيرها بلا مرجح .

الوجه الثالث : أن الخيار مسبب واحد فلا يعقل أن يكون له أسباب عديدة و الا لزم تأثير علتين فی معلول واحد و هو محال فلابد و أن يكون مبدء خيار الحيوان من حين التفرق و انقضاء خيار المجلس و قد عبّر بعضهم عن ذلك باجتماع المثلين .

اقول لا شبهة فی أن الخيار حكم شرعی كسائر الاحكام الشرعية و الامور الخارجية اجنبية عن ذلك بالكلية لا انها من قبيل الاسباب و لا أنها من قبيل المعرفات بل هی أجنبيات فی ذلك بل الحكم الشرعی

من حيث أنه فعل للشارع و هو حكيم فلابدّ و أن يكون تابعاً للمصلحة و المفسدة و أنها ناشئة عن ذلك فليس للامور الخارجية تماس بالاحكام الشرعية أصلاً ٠

و على الجملة فلو كان غرضهم من كون الامر الخارجى سببا اصطلاحياً أو معرضاً فهو باطل من أصله ٠

و ان كان غرضهم من كون الامور الخارجية سبباً للحكم الشرعى هو أن يكون موضوعاً له تمام الموضوع كالنجاسة و الطهارة بان يكون نسبة الحكم الى الموضوع كنسبة العلة الى المعلول بان لا ينفك الحكم عن ذلك الامر الخارجى كما لا ينفك المعلول عن علته وان كان مرادهم ذلك فلاشبهة أن الامور الخارجية حينئذ حقيقة اسباب للاحكام الشرعية لا أنها معرفات ٠

وعليه فان كان موضوع كل واحد من خيار الحيوان و خيارالمجلس امراً مستقلاً فيثبت له الحكم أى الخيار مستقلاً من غير أن يرتبط احد هما بالاخر كما هو كذلك فى باب الكفارات حيث ان كل سبب خاص من موجبات الكفارة موضوع لوجوب الكفارة فلايرتبط احدهما بالاخر و ان لم يكن كذلك بأن لا يكون المورد قابلاً لتعدد الحكم فيحكم بالتداخل ان لم يمكن التأكد كما فى باب النجاسة و فى المقام نحكم بالتداخل لما عرفت سابقاً أن الخيار ملك فسخ العقد فهو حكم وضعى اعتبارى ومن الواضح أنه لا معنى لتعدد ملك فسخ العقد وكذلك فى بقية المملوكات فان الشئ الواحد لا يملك مرّتين كما هو واضح فلا يعقل أن يملك الانسان بفسخ العقد مرّتين كما لا معنى لذلك فى غير هذا المورد لان الامور الاعتبارية لا تعدد فيها بل يمكن أن يقال انّ هذا الاشكال مدفوع

من اصله حيث انه ليس هنا خياران حتى يقال بكونهما مسببين عن سببين و لا يمكن اجتماعهما فى محل واحد ، بل هنا خيار واحد وتقسيمه الى خيار المجلس تارة و الى خيار الحيوان أخرى اصطلاح من الفقهاء و الا فالظاهر من الاخبار هو أن هنا خيار واحد ثابت للمتبايعين مالم يتفرقا و للمشترى الى ثلثة أيام و بيان ذلك أنه ثبت فى طائفه من الروايات أن المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا و اذا افترقا وجب البيع ٠

و دلت صحيحة محمد بن مسلم على أن المتبايعين بالخيار فى الحيوان ثلثة ايام و فى غير الحيوان ما لم يفترقا و لكن رفعنا اليد عن ذلك لمعارضتها بالروايات الدالة على اختصاص خيار الحيوان بالمشترى و دلت صحيحة اخرى لمحمد بن مسلم على أن المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثة أيام مع حمل صاحب الحيوان على المشترى و يكون المستفاد أن المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا سواء كان فى الحيوان أم فى غيره و أن صاحب الحيوان الذى هو المشترى بالخيار الى ثلثة أيام فملاحظة هذه الرواية مع الروايات الدالة على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ما لم يفترقا و مع ما دل على ثبوت خيار الحيوان للمشترى الى ثلثة أيام تنتج أن هنا خيار واحد ثابت للمتبايعين الى حين التفرق و للمشترى الى ثلثة أيام فعلم أن هنا خيار واحد و ليس هنا خياران حتى يقال انه لا يمكن أن يجتمع سببان على مسبب واحد لاستحالة صدور الواحد عن الكثير ٠

قوله ثم ان المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولى على القول بكون الاجازة ناقلة أو زمان الملك أقول اذا كان زمان العقد غير زمان الملك كما فى العقد الفضولى بناءً على النقل

وكعقد الصرف و السلم قبل القبض فهل خيار الحيوان ثابت فى مثل ذلك من حين العقد أو من حين حصول الملك و اختار المصنف الثانى تبعاً لما استظهره بعض معاصريه و هو صاحب الجواهر ·

أقول الظاهر أن الخيار انما يثبت فى زمان حصول الملك سواء فى العقد الفضولى أم فى عقد الصرف و السلم و فى الفضولى أيضا سواء قلنا بالنقل أو بالكشف و الوجه فى ذلك أما العقد الفضولى فقد تقدم الكلام أن البيع انما ينسب الى المالك و يكون بيعاً له و مستنداً اليه بعد الاجازة و قبلها ليس بيعاً للعاقد و هو واضح و لا بيعاً للمالك اذا المفروض أن البيع لا يستند اليه الا بعد الاجازة ·

و قد عرفت أن الامركذلك على القول بالكشف أيضا حيث انه يحكم من زمان الاجازة أن البيع بيع للمالك من الاول أى يحكم بحصول الملكية للمالك فى زمان الاجازة من الاول و هذا أمر موافق للعرف أيضاً فان العرف يبعد أن يحكم بحصول الملكية من الاول عند الاجازة و ترتيب آثار الملك على العقد من الاول و قد تقدم ذلك ·

و قد عرفت فى هذا البحث أى بحث الخيار أن الظاهرمن الادلة أن خيار المجلس و خيار الحيوان انّما يثبتان للبيع و ما يصدق عليه البايع و قد عرفت فى صحيحة محمّد بن مسلم قال (ع) المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثة أيام ·

و حيث ان زمان الاجازة زمان صدق البيّع على البايع و المشترى فيحكم فى زمان الاجازة بترتب آثار العقد عليه من الاول حتى على الكشف لا بمعنى أن كل أثر يترتب عليه و يحكم بكون النماءات الحاصلة له بل من الآن يحكم بحصول الملكية من زمان العقد و ترتب الأثرعليه ·

و هذا الذى يساعده العرف اذن فتشمل عليه أدلة خيار الحيوان من زمان الاجازة كما هو واضح سواء قلنا بالكشف أو النقل ·

و أما بيع الصرف و السلم فقد ظهر الحال فيهما من بيع الفضولى حيث ان الخيار انما يترتب على العقد الصحيح و بيع الصرف و السلم قبل القبض ليسا بعقدين صحيحين فانهما مع فقدهما القبض كالايجاب الخالى عن القبول فكما ان الايجاب ليس موضوعاً للخيار و كذلك الايجاب و القبول فيهما بدون القبض فان القبض بمنزلة الايجاب و بعبارة اخرى أن ادلة الخيار انما هى تخصيص لأدلة لزوم الوفاء بالعقد و اللزوم انما هو ثابت للعقد الصحيح دون الفاسد فعقد الصرف و السلم بدون القبض ليسا بصحيحين فكيف تشملهما ادلة اللزوم حتى تخصّصها بأدلة الخيار ·

فمبدء ثبوت خيار الحيوان فى الصرف و السلم انما هو زمان القبض ·

ثم انك قد عرفت أن خيار الحيوان يثبت فى المبيع الشخصى و فى المبيع الكلى أيضاً وعليه فلاوجه لتخصيص المثال فى بيع السلم بما اذا كان الثمن حيواناً بعنوان السلم كما صنعه صاحب الجواهر حيث قال فعلى هذا لو اسلم حيواناً فى طعام و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان و ان كان بايعاً كان مبدئه بعد القبض تخصيص و تمثيله بما ذكر مبنى على اختصاص الخيار المعين بالحيوان ·

قوله مسئلة لا اشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلثة ايام لا لدخول الليل فى مفهوم اليوم بل للاستمرار المستفاد من الخارج أقول وقع الكلام بين الاصحاب فى ان المراد من ثلثة أيام هل هوالنهار

فقط و اللیل خارج عنه أو المراد من الیوم هو مجموع أربع و عشرین ساعة و هذا البحث جار فی المقام و فی أیّام الحیض و فی اقامة عشرة ایّام و ربّما یقال أن الیوم اسم لمجموع الیوم و اللیل و ان مجموع اربع و عشرین ساعة یسمی یوماً و لکنه بدیهی البطلان لعدم اطلاق الیوم علی ذلك المجموع و انما الیوم اسم لما هو بین طلوع الشمس و بین غروبها فالقوس النهاری یوم و القوس اللیلی یسمی لیلاً و دائرة نصف النهار منصفة للقوس النهاری الی نصفین و نصف اللیل منصف للیل الی نصفین و لیس أحدهما داخلاً فی الآخر الا بالدلیل الخارجی کما فی الصوم حیث ان الشارع اعتبر کونه من أول الفجر الی زوال الحمرة عن قمة الرأس و أما فی غیر ما اعتبر الشارع دخول أحد القوسین فی الآخر فلا یطلق أحدهما علی الآخر ٠

وعلیه فلا تکون اللیالی داخلة فی الایّام فیما کانت الایّام موضوعة للحکم بحسب المفهوم الا من جهة عنایة أخری من اعتبار الاستمرارفی الحکم مثلاً ٠

وعلیه فلو عامل أحد مع غیره و باعه حیواناً فی أول طلوع الشمس فیمتد خیاره الی غروب الشمس من یوم الثالث و لا تکون اللیلة الاخیرة داخلة و لا یثبت له الخیار فیها بخلاف ما لو قلنا بدخول اللیل فی مفهوم الیوم فانه یمتد الخیار الی صبیحته یوم الثالث و یکون له الخیار فی اللیل أیضاً و أما اللیلتان المتوستتان فهما داخلتان بلا شبهة لا من جهة أن اللیل داخل فی مفهوم الیوم بل من جهة ان الخیار حکم ثابت لذی الخیار الی ثلثة أیام مستمرا فلو لم تکن اللیلتان المتوستتان داخلتین فی الموضوع لانقطع الخیار فهو خلاف الظاهر

من الادلة و هكذا الحال فى اقامة عشرة ايّام و ايّام حيض المرأة و نحوهما و اما الليلة الاخيرة فهى خارجة عن حريم الخيار فانها غير داخلة لا من حيث صدق اليوم عليها و لا من حيث الاستمرار.

و أما لليلة الاولى فيما اذا وقعت المعاملة فى أول الليلة أو نصفها فهى أيضاً داخلة بلاشبهة لما عرفت من أن الادلة ظاهرة فى اتصال مبدء الخيار بالعقد فاذا تحقق العقد تحقق الخيار فيستمر الى ثلثة أيّام فدخول الليلة الاولى من جهة اتصال مبدء خيارالحيوان بالعقد و استمراره الى ثلثة ايّام.

و قد يتوهم أن الليلة الاخيرة أيضاً داخلة لدخول الليلتين اصالة فتدخل الثالثة و الا لاختلفت مفردات الجمع فى استعمال واحدولكن قد ظهر جوابه فيما ذكرناه حيث ان دخول الليلتين المتوسطتين أيضا ليس من جهة الاصالة بل من جهة استمرار الخيار الى ثلثة ايّام واتصال الخيار بالعقد فلا مجال لهذا الاشكال.

و اما مسئلة التلفيق فيما اذا وقع العقد فى نصف اليوم أو ورد المسافر فى بلد فى نصف اليوم أو حاض المرأة فى وسط النهار فهل يجوز أن يحسب نصف هذا اليوم و النصف من اليوم الثالث و جعلهما يوما واحداً أم لا الظاهر هو التلفيق كما هو الموافق للعرف و يؤيد ذلك انّه قل ما يتفق أن المرأة تحيض فى اول طلوع الشمس و المسافر لا يرد البلد الذى يقيم فيه فى اول طلوع الشمس و هكذا فلو لم يعتبر التلفيق فى اليوم و لم يكن موضوعاً للحكم لتعرض له الامام عليه السلام وهذاالمعنى موافق للعرف فلو قال أحد بقيت فى محل كذا يوماً مع أنه بقى فى نصفين من يومين صح ذلك ولو بقى نصف يوم لا يصدق عليه أنه بقى يوما

وكل ذلك لا شبهة فيه و ما افاده المصنف هنا متين جداً ٠

(فى مسقطات خيار الحيوان)

قوله مسئلة يسقط هذا الخيار بأمور أحدها اشتراط سقوطه فى العقد أقول قد تقدم فى خيار المجلس اشتراط عدم الخيار أو اشتراط اسقاطه فى ضمن العقد ولا نحتاج الى الاعادة ولكن ذكر المصنف هنا شيئاً يجرى فى خيار المجلس أيضاً فلا بأس بالتعرض له وحاصله أنه لا شبهة فى جواز اسقاط الخيار من مجموع المبيع بان يقول اسقط خيارى من مجموع هذا الحيوان وهل يجوز اسقاط الخيار من نصفه ام لا فالظاهر هو عدم الجواز لان نصف الحيوان ليس بحيوان فلا يثبت خيار الحيوان الا فيما اذا كان المبيع حيواناً ٠

و أما اسقاط بعضه من حيث الزمان بان أسقط خياره يوما أو يومين أو اقل أو اكثر فالظاهر هو الجواز الا انه ملك فسخ العقد فذى الخيار مالك لذلك فله أن يسقط حقه باجمعه أو ببعضه ولا يلزم المحذور المذكور هنا لان اطلاق الادلة تشمله حتى فى الان القليل من الزمان و بعبارة اخرى فادلة الخيار تشمل المبيع اذا كان حيواناً فى كل آن و زمان ٠

و الثانى اسقاطه بعد العقد ٠

قوله الثالث التصرف ولا خلاف فى اسقاطه فى الجملة ، أقول : قد اضطربت كلمات الفقهاء فى مسقطية التصرف غاية الاضطراب ولعل مثل هذه المسئلة قليلة فى الفقه و منشأ الاختلاف اختلاف الروايات و القواعد ٠

و التحقيق أنك قد عرفت فى مبحث المعاطات أن مقتضى القاعدة كفاية كل ما يكون مصداقاً للانشاء فى مقام انشاء العقد و نحوه فان المناط فى ذلك صلاحية ما يتحقق به الانشاء لأظهار ما فى النفس و ابرازه سواء كان من قبيل الفعل أو من قبيل القول واللفظ من أفراد ما يظهر به ما فى الضمير و ينشأ به المعاملة و الا فلا خصوصية له الا اذا قام الدليل على عدم كفاية غير اللفظ فى مقام الانشاء كمافى الطلاق ٠

وعليه فكما أنه يكتفى فى انشاء العقد بكل ما يصلح أن ينشاء به العقد و كذلك يكتفى بكلّ ما يبرز ما فى الضمير فى اسقاط الخيار هذا ممّا لا شبهة فيه و أنه أمر تقتضيه القواعد و لكن الكلام فى الصغرى وانه أى شئ يكون صالحاً لا ن يتحقق به اسقاط الخيار من الافعال فهل هو مطلق الفعل و التصرف أو التصرف الخاص فليس هنا قاعدة تتكفل لبيان ذلك المقدار المتيقن كون التصرف مصداقاً للاسقاط و الا فلا دليل على كونه مسقطاً للخيار حتى التصرفات الجليلة فضلاً عن التصرفات الحقيرة فانه ربما لا يكون المتصرف عالماً بالموضوع أو الحكم أو يكون غافلاً عن ثبوت الخيار له و يتصرف فيه و حينئذ كيف يمكن الحكم بأن التصرف مصداق للاسقاط فلو وطأ الجارية التى اشتراها لا يكون ذلك مسقطاً للخيار و أن أصر عليه شيخنا الاستاذ وقال بكون مثل الوطى مصداقاً للاسقاط حتى مع الجهل بالحكم أو الموضوع هذا ما تقتضيه القاعدة ٠

و أما الاخبار فقد ذكر فيها أن احداث الحدث فى الحيوان يوجب سقوط الخيار فكل تصرف أوجب حدوث الحدث فيوجب سقوط الخيار بلا شبهة للتعبد الشرعى و أما ما لا يوجب الاحداث فقد ذكرت أمور

فى الرواية التى سئل فيها عن تفسير الحدث : انها احداث حدث مع انه ليس بحدث فى العرف و ذلك كالنظر الى الجارية و اللمس و التقبيل و نحوها مع أنها ليس بحدث فيكون مثل ذلك داخلاً فى الحدث بدليل الحاكم و بالتعبّد الشرعى فنحكم بسقوط الخيار بمثل هذه التصرفات أيضاً هذا ما يتحصل من الاخبار.

و تحصل أن لنا ضابطتان لسقوط الخيار بالتصرف أحدهما ما تقتضيه القاعدة من كون التصرف مصداقا لسقوط الخيار و الثانى التصرّف الذى يوجب احداث الحدث فى الحيوان المبيع أو ما جعله الشارع مصداقاً للحدث تعبداً و حكومة فان هذا أيضاً يوجب سقوط الخيار و أما فى هذه الموارد فلا دليل على كون التصرف مسقطاً للخيار ولوكان التصرف من التصرفات الجليلة كما تقدم فضلاً عن التصرفات الخفيفة كيف فانك عرفت أن أى تصرف كان لا يوجب لسقوط الخيار ما لم يكن مصداقاً للتصرف فاى معنى لسقوط الخيار بالتصرفات الصادرة حال الغفلة أو النسيان أو الجهل بالحكم أو الموضوع فيكون الخيار باقياً على حاله ولو كان التصرف مثل وطى الأمة كما عرفت بل الظاهر من صحيحة الصفار أن مطلق التصرف لا يكون مسقطاً للخيار حيث سأل فيها عن أمرين أحدهما الحدث و الثانى ركوب الدابة و سئل بكلمة أو أنهما يسقطان الخيار أم لا فوقّع الامام (ع) اذا احدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء انشاء اللّه فلو كان مثل الركوب أيضاً مسقطاً للخيار لاجابه أيضاً بانه يسقط الخيار بل يمكن أن يقال أن بعض التصرفات فى الحيوان المشترى ممّا لا بدّ منه فلو كان كل تصرف موجباً لسقوط الخيار لكان جعل الخيار و تشريعه لغواً محضاً كقود الحيوان الى

القبة و ركوبه من مكان المعاملة الى منزله للتجربة و الامتحان و الامر بمش الامة أو العبد للتجربة و الامتحان و أمرهما بسقى الماء و نحوه بل النظر الى شعر الامة ليرى أنها شابة أوكبيرة قد بيض شعره الى غير ذلك من التصرفات التى مما لابدّ منه عادة فى مدة ثلثة أيّام وعلى الجملة مقتضى أدلة اللزوم من الايات و الروايات هو لزوم العقد و قد خصصت بأدلة خيار الحيوان كما خصصت بغيرها فلابدّ من رفع اليد عن اطلاق أدلة الخيار وعمومه بما يدلّ على التخصيص و التقييد و ليس لنا تخصيص الا ما ذكرناه من الضابطتين ففى أىّ مورد تحقق واحدة من هذه الضابطة نحكم بسقوط الخيار و الا فلا فافهم .

و الحاصل أن كلمات الفقهاء فى أن التصرف مسقط أم لا مضطربة غاية الاضطراب فذكر بعضهم أن التصرف لكونه كاشفا عن الرضا الشخصى مسقط للخيار و ذكر بعضهم كشيخنا الانصارى و غيره أن التصرف كاشف عن الرضا النوعى فيكون مسقطاً للخيار لذلك و ذكر بعضهم أن مطلق التصرف حتى مثل ناولنى الماء و نحوه مسقط للخيار و منشأ الاختلاف هو اختلاف الاخبار و تفصيل الكلام فيه أن الروايات فى المقام متعددة منها صحيحة (١) ابن رئاب فان احدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل ثلثة أيّام فذلك رضاً منه ولا شرط له قيل له : وما الحدث قال ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان محرماً عليه قبل الشراء .

فان الظاهر من هذه الرواية أن الحدث مسقط للخيار فاذا أحدث المشترى حدثاً فذلك رضا بالبيع فيكون الخيار ساقطاً ثم سأل ابن رئاب عن الحدث و أنه أى شئ فقال (ع) أن لامس أو قبل أو

١ـ وسائل ج ١٢ـ ص ٣٥١ .

نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزم البيع فهذا الكلام الصادر من الامام (ع) من جعل اللمس أو التقبيل أو النظر الى ما يحرم النظر اليه ليس احداث حدث قطعاً واذن فيدور الامر بين أن يكون ذلك حاكماً بتوسعة دائرة الحدث وجعل كل واحد من الامور المذكورة من اقسام الحدث أو بجعلها مثالاً لمطلق التصرف بحيث يكون مطلق التصرف مسقطاً للخيار فاذا لم تكن الرواية ظاهرة فيما ذكرناه من جعل الامور المذكورة مصداقاً للحدث تعبداً فليس لها ظهور فى جعلها أمثلة لمسقطية التصرف ليكون مطلق التصرف موجباً لسقوط الخيار وكيف كان فلا دلالة فيها على كون التصرّف على اطلاقها موجباً للسقوط .

ومنها صحيحة (١) الصّفار قال : كتبت الى أبى محمد (ع) فى الرّجل اشترى من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ أله أن يردها فى الثلاثة الايام التى له فيها الخيار بعد الحدث الذى يحدث فيها أو الركوب الذى يركبها فى فراسخ فوقع عليه السلام اذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء انشاء الله .

فهذه الرواية صريحة فى أن احداث الحدث يوجب سقوط الخيار وأما دلالتها على أن التصرف موجب لسقوط الخيار أم لا فاما ممنوعة لعدم تعرض الامام (ع) لذلك أو هى تدل على أن التصرف لا يسقط الخيار ما لم يكن بعنوان أنه مصداق للمسقط أو مصداق للحدث فان السائل انما سأل عن أمرين أحدهما احداث الحدث

١ـ وسائل ج ١٢ ـ ص ٣٥١ ـ حد ٢ .

فى المبيع و الثانى الركوب فقد أجاب الامام (ع) عن الحدث و أنه مسقط للخيار و سكت عن الركوب الذى هو من أظهر أفراد التصرّف فهذا السكوت لو لم يدل على عدم كون التصرف مسقطاً للخيار فلا دلالة فيها على كون التصرّف مسقطا ٠

وعلى الجملة فاما لا دلالة فى الرواية على كون التصرف مسقطاً أو فيها دلالة على عدم كونه مسقطاً ٠

و منها صحيحة (١) قرب الاسناد قال : قلت له أرايت ان قبلها المشترى أو لامس فقال اذا قبل أو لامس أو نظر منها الى مايحرم على غيره فقد انقض الشرط و لزم البيع فقد جعل الامام(ع) فى هذه الرواية نفس الامور المذكورة موجباً لسقوط الخيار من غير تعرض للتصرف و الحدث اصلاً ٠

و المتحصل أن ما يكون مسقطاً للخيار من التصرف أمور ثلثة من غير أن يكون لعنوان التصرف موضوعية أصلاً الاول : ما يكون مصداقا للاسقاط و مبرزاً لما فى ضمير المتكلّم من كونه موجباً لسقوط الخيار و هو ما تقتضيه القاعدة الاولية ولا شبهة فيه ٠

الثانى ان يكون التصرف احداث حدث فى الحيوان فانه ايضاً يكون موجباً لسقوط الخيار فقد ثبت ذلك بصحيحة على بن رئاب و صحيحة الصّفار و اطلاق الحدث شامل لكل حدث ولو كان بمثل جز الشعر و نحوه ٠

الثالث أن يكون المشترى لامس أو قبل أو نظر منها ما يحرم النظر اليه فانه ايضاً موجب لسقوط الخيار و أما غير هذه الامور الثلثة

١ـ وسائل ج ١٢ـ ص ٣٥١ ـ حد ٣ ٠

فلا يكون التصرف موجباً لسقوط الخيار بوجه فانه لا دليل عليه من الروايات كما عرفت .

ثم انه بقى الكلام فى أن المراد من قوله (ع) فذلك رضا منه بالبيع فى صحيحة ابن رئاب. أى شئ فذكر المصنف احتمالات أربعة الاول أن يكون المراد من ذلك الرضا الشخصى فيكون المعنى ان التصرف ـ الموجب لاحداث الحدث فى المبيع يكون كاشفاً عن الرضا الشخص و هذا واضح الدفع فان كثيراً ما لا يلتفت المشترى الى ثبوت الخيار له فيحدث حدثاً فى المبيع فكيف يكون ذلك كاشفاً عن الرضا الشخص بالبيع و بسقوط الخيار مثلاً لو اشترى أحد دجاجة وقص جناحها لئلا يطير الى مكان آخر من غير ان يلتفت الى ثبوت الخيار له فى ذلك كما هو كذلك فى نوع الناس حتى من أهل العلم حيث انهم لا يلتفتون بثبوت الخيار لهم فى مثل الدجاجة و نحوها و فى مثل ذلك فلا وجه لدعوى كون التصرف كاشفاً عن الرضا الشخص كما هو واضح .

الثانى أن يكون كاشفاً نوعيّاً عن الرضا بالبيع و سقوط الخيار كما ذكره المصنف و هذا أيضاً لا يمكن المساعدة عليه فانك قد عرفت أن نوع الناس لا يلتفتون بخيار الحيوان فكيف يكون تصرفهم كاشفاً عن الرضا النوعى بحيث يكون المناط فى كون التصرف مسقطاً للخيار هو الرضا النوعى فانه لا وجه لدعوى أن فى أغلب الناس يكون التصرّف كاشفا عن الرضا النوعى فان أغلب الناس لا يلتفتون الى ذلك كيف فان خيار الحيوان لا يختص بطائفة خاصة من الشيعة ليكون الغالب فيهم الالتفات الى الخيار عند التصرف بل يثبت لكل شخص حتى اليهود و النصارى و المخالفين و غيرهم و من الواضح أنه مع ذلك فالغلبة فى غير

الملتفتين بالخيار عند التصرف فكيف يكون التصرف كاشفاً عن الرضا النوعي من جهة التفات اغلب الناس بالخيار عند التصرف ٠

وكيف كان فلاوجه لجعل التصرف كاشفاً نوعياً عن الرضا بالبيع٠

الثالث أن يكون ذلك بنفسه جواباً للشرط وحكما ثابتاً للموضوع فيكون ذلك اشارة الى نفس ذلك التصرف الذى هو الحدث ٠

الرابع أن يكون توطئة للجواب وهو قوله ولا شرط له لكنه توطئة لحكمة الحكم وتمهيد لها لاعلة حقيقة فيكون اشارة الى ان الحكمة فى سقوط الخيار بالتصرف دلالته غالباً على الرضا نظير كون الرضا حكمة فى سقوط خيار المجلس بالتصرف ومرجع هذين الاحتمالين الى شئ واحد وان كان البيان فيهما مختلفاً ٠

وقد ذكر المصنف أن لازم أخذ هذين الاحتمالين هو الالتزام بكون مطلق التصرف مسقطاً للخيار ولكن الامر ليس كذلك فان قوله (ع) فذلك رضا منه بالبيع هو أن نفس هذا التصرّف الذى يوجب احداث الحدث رضا بالبيع لاكل تصرف كما هو واضح فان الموضوع هو الحدث حيث قال : ان أحداث حدثاً فذلك رضا منه بالبيع٠

(الثالث من الخيارات خيار الشرط)

قوله الثالث خيار الشرط اعنى الثابت بسبب اشتراطه فى العقد أقول لا شبهة فى جواز جعل الشرط فى العقود ولاخلاف فيه بين الاصحاب سواء كان متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه ويمكن الاستدلال على جواز ذلك بطائفتين من الرواية الاولى صحيحة(١) ابن سنان عن ابى عبد الله عليه السلام فى حديث قال : وان كان بينهما شرط

١ـ وسائل ج ١٢ ـ ص ٣٥٥ ـ باب ٨ ـ حد ٢ ٠

اياما معدودة فهلك فی يد المشتری قبل ان يمضی الشرط فهو من مال البايع و فی رواية السكونی ان اميرالمؤمنين عليه السلام قضی فی رجل اشتری ثوباً بالشرط الی نصف النهار فانها تدل علی جواز جعل الخيار فی هذين الموردين الخاصين ٠

و الطائفة الثانية الاخبار المستفيضة الواردة فی اشتراط الفسخ برد الثمن كما سيأتی نقلها فانها أيضا تدل علی جواز جعل الخيار فی موردها فان جاز التعدی عن مواردها فيها لدعوی الضرورة انه لاخصوصية لموردها و الا فلابدّ من التماس دليل آخر وح نأتی الی العمومات ٠

و قد استدل علی مشروعية هذا الخيار و جواز جعله و اشتراطه بالادلة المستفيضة بل المتواترة بين الفريقين المؤالمنون عند شروطهم الا شرطاً خالف كتاب اللّه و سنة نبيّه فانها تدل باطلاقها علی لزوم الوفاء بكل شرط غاية الامر خرج عنها الشروط الابتدائية و بقی الباقی و من جملته اشتراط الخيار فی العقود ٠

و قد أشكل عليه فی المستند بأن الادلة العامة لاتكفی لاثبات صحة اشتراط الخيار لاستثناء الشرط المخالف للكتاب و السنة لان السنة تدل علی أن بالافتراق يجب البيع فاشتراط عدم وجوبه بعد الافتراق مخالف لها وعلی الجملة فلا يمكن الاستدلال بهذه الادلة علی جواز جعل الخيار ٠

و قد أجيب عنه بجوابين الاول ما ذكره شيخنا الاستاذ من أن الجواز و كذلك اللزوم علی قسمين الاول الجواز و اللزوم الحكمی و الثانی اللزوم و الجواز الحقی ٠ أما الاول فلا يتبدل بفسخ المتبايعين

أصلاً أما الجواز فكالهبة حيث ان جوازها حكمى فلايتغير اصلا ولوقال الواهب اسقط حق الرجوع ألف مرّة ٠

و أما اللزوم فكعقد النكاح حيث لا يتغير عما هو عليه باقالة و نحوه فيعلم من ذلك أن اللزوم هنا حكمىّ لاحقىّ ٠

و أما الثانى فالجواز الحقى مثل الوكالة و نحوها و اللزوم الحقى كجميع العقود التى تجرى فيها الاقالة حيث انه يستكشف من ذلك أن اللزوم فيها حقى و الا لم يرتفع بالاقالة فما يكون مخالفاً للكتاب و السنة هو الخيار فى العقود التى أن اللزوم فيها حكمى كالنكاح لا فى مطلق العقود حتى فيما يكون اللزوم فيها حقياً ٠

و فيه أنه قد عرفت فى أول البيع أنه لافرق بين الحق و الحكم أصلاً فان كلاهما بحكم الشارع و جعله غاية الامر قد سمو الفقهاء الحكم الذى اختياره بيد المتبايعين حقا و هذا لا يوجب اختلافهما فى الحقيقة وعليه فكما ان الجواز حقيقة واحدة مجعولة بجعل الشارع وكذلك اللزوم فهو حقيقة واحدة و الاختلاف بحسب الحكم الطارئ عليه لا أن هنا حقيقتان احديهما حقى و الأخر حكمى كما لا يخفى و عليه فيبقى اشكال صاحب المستند على حاله فان جعل الخيار فى العقد مخالف لحكم الشارع بلزومه ٠

و بعبارة اخرى أن اللزوم فى جميع العقود انما هو حكم الشارع و ثابت بدليل واحد غاية الامر أنه مطلق فى بعض الموارد كما فى النكاح و مشروط بعدم الاقالة فى بعض الموارد الأخر كما فى البيع و نحوه على ان النكاح أيضا قد يطرئه حق الفسخ لبعض الامور كما هو واضح٠٠٠٠

و الجواب الثانى ما يظهر من السيّد ره من أن جعل الخيار

مخالف لاطلاق العقد لالمقتضاه فان اطلاق العقد يقتضى الملكيّة على وجه الاطلاق فاشتراط الخيار مخالف لاطلاقه لا لمقتضى أصل العقد ·

و هذا الجواب من العجائب فان كلامنا فى الشروط المخالف للكتاب و السنة لافى الشروط المخالفة لمقتضى العقد أو لاطلاقه ·

و توضيح الكلام أن الشرط قد يكون مخالفاً لمقتضى العقد بأن يشترط البايع على المشترى أن لا يتملك أو يقول الواهب وهبتك هذه على أن تبقى العين الموهوبة فى ملكى و هكذا فان هذه الشروط كلها مخالفة لمقتضى العقد و لكن لا دليل على بطلانه الا لزوم المناقضة و التناقض فان معنى البيع هو تمليك العين المبيعة وكونها ملكاً للمشترى و معنى اشتراط عدم كونه ملكاً للمشترى هو أن لا يكون المبيع ملكاً للمشترى و هما متناقضان وكذلك فى الهبة ·

و أما اذا كان الشرط مخالفاً لاطلاق العقد فلا محذور فيه اصلاً لعدم لزوم التناقض و محذور آخر فيه كما ذكره السيّد فانّه أى محذور فى أن يقول البايع بعتك هذا الثوب و شرط عليك أن تخيط لى ثوباً آخر فان اطلاق العقد لا يقتضى كون المبيع ملكا للمشترى على وجه الاطلاق و الشرط مخالف له ·

و أما الشروط المخالفة للكتاب و السنة فهى أمر آخر غير مربوط بالشروط المخالفة للعقد أو لاطلاقه فانه لا يفرق فى الشروط المخالفة للكتاب و السنة بين أن تكون مخالفة لأصل الكتاب و السنة أو لاطلاقهما مثلاً لو باع حيواناً و اشترط احد هما على الآخر فى ضمن العقد أن يشرب الخمر فى حال المرض تنزّها لا دواء فانه هل يتوهم أحد جواز ذلك

لكونه مخالفاً لاطلاق الكتاب لا لأصله ٠

و الحق فى الجواب أن يقال : أن هذه الروايات انّما وردت لجعل خيار الشرط فى مورد لزوم العقد فتكون مخصصة للادلة الدالة على اللزوم لا منافية لها لتكون مطروحة أو مأولة و توضيح ذلك أن معنى اشتراط شئى فى العقد هو توقف لزوم العقد على وفاء المشروط عليه بالشرط و الا فلا يلزم عليه أن يتوقف على اللزوم و معنى عدم وجوب التوقف على اللزوم هو ثبوت الخيار له بحيث ان شأ يفسخ و ان يشاء يمضى و ان شاء يبقى العقد على حاله غاية الأمر أن اشتراط شئ على البايع أو المشترى فى العقد جعل خيار بالدلالة الالتزامية و جعل الخيار لاحدهما أو كلاهما فى العقد جعل خيار بالدلالة المطابقية وقد تقدم ذلك فيما سبق و قلنا بان مرجع الاشتراط الى جعل الخيار

و الحاصل أن الادلة الدالة على أن المؤمنين عند شروطهم واردة فى مورد جعل الخيار بناءً على أن كل شرط يرجع الى جعل الخيار بالبيان المتقدم فلايكون الشرط مخالفاً للكتاب و السنة و بعبارة أخرى أن هذه الروايات الدالة على لزوم الوفاء بالشرط وارد فى مورد جعل الخيار بناءً على أن مرجع جعل الشرط الى ثبوت الخيار بالالتزام فان بقاء الالتزام على العقد منوط على بقاء الالتزام على الشرط و مع التخلف يثبت الخيار و عليه فلايكون جعل الشرط مخالفا للكتاب و السنة الا أن الشرط مخالفاً لهما و الحاصل أن فى العالم شروط صحيحة غير منافية للكتاب و السنة فهذه الروايات واردة فى هذه الموارد التى مرجعها الى جعل الخيار ٠

و يمكن الجواب عن صاحب المستند بناءً على المشهور أيضاً من

عدم رجوع الشرط الى جعل الخيار . بدعوى عدم مخالفة الشرط الخيار للكتاب و السنة . أما عدم مخالفته للكتاب من جهة أن أوفوا بالعقود ناظر الى افادة اللزوم للعقد المنشأ على النحو الذى أنشأه المنشى و هذا المنشأ اما هو مطلق فى الواقع أو مقيد لما ذكرناه مراراً أن الاهمال فى الواقعيات من الامور المستحيلة وعليه فهذا العقد الذى اشترط فيه الخيار لا يعقل أن يكون منشأ على وجه الاطلاق فلابدّ و أن يكون منشأ على وجه التقييد فيكون الملكية المنشأة بقيد خاص مورداً للامر بالوفاء بالعقد فلايكون الشرط مخالفاً للكتاب بل دليل اللزوم من الاول لا يشمل الا هذه الملكيّة الخاصة المقيّدة بحد خاص .

و بعبارة أخرى أن دائرة الملكيّة من الاول محدودة و مقيّدة بعدم الفسخ فان الحاصل من البيع قد يكون ملكيّة مطلقة و يكون المنشأ هو ذلك وقد يكون المنشأ ملكيّة مقيدة بحصة خاصة و بحد خاص أى المقيدة بعدم الفسخ و حينئذ أى منافات لهذا الشرط للكتاب بل الكتاب لا يشمل من الاول الملكيّة المطلقة بل يشمل الملكية المقيدة و هو واضح .

لا يقال أن الملكيّة المنشائة مطلقة حتى بعد الفسخ فانه لامعنى للبيع الى وقت خاص كسنة أو سنتين لكونه باطلا اجماعاً فانه يقال لا شبهة فى أن المنشأ مطلق من حيث الزمان و أن البايع انشأ ملكيّة مطلقة للمشترى و أبدية و لكن كلامنا ليس فى الاطلاق و التقييد من حيث الزمان بل من حيث الحالات و لا شبهة أن المنشأ بالنسبة الى الفسخ وعدمه الذان من الحالات الطارئة لعقد اما مطلق أو مقيد و ذكرنا أنه مقيد فالملكيّة المنشأة محدودة بالنسبة الى الفسخ

وعدمه الى الزمان فتشملها أدلة اللزوم مع هذه الحيثية المقيدة فيكون لازماً الى أن لا يفسخ و الا فلا لزوم لعدم شمول أدلته له . و دعوى أن المنشأ مطلق بالنسبة الى الفسخ وعدمه أى أنه أنشأ الملكيّة سواء فسخ أم لا مع اشتراط الخيار فى العقد دعوى متناقضة كما هو واضح فان هذه الدعوى تشبه دعوى أن يقصد أحد الاقامة فى بلد وكان عالماً بمسافرته أو شاكاً فيه فان هذا ليس الا التناقض الواضح .

و لا يقاس كون المنشأ ملكيّة محدودة بالفسخ بالبيع الى سنة فان الثانى باطل بالضرورة بخلاف الاول فانه كان متعارفاً فى جميع الأزمنة فيكون مشمولاً لوجوب الوفاء بالعقد .

وكيف كان بناءً على المشهور أيضاً لا يكون شرط الخيار مخالفا للكتاب بوجه لقصور دليل اللزوم عن ذلك فلايكون الأمر بالوفاء بالعقود شاملاً الا ما أنشأ بأى كيفية أنشأ . فاللازم بدليل وجوب الوفاء بالعقد هو الملكيّة المحدودة بعدم الفسخ .

و أما السنة فقد ظهر جواب توهم مخالفة الشرط للسنة من ذلك أيضاً فان قولهم البيّعان بالخيار ما لم يفترقا و اذا افترقا وجب البيع ليس المراد من الوجوب الوجوب على كل حال بحيث يكون المنشأ ملكية لازمة على وجه الاطلاق بعد انقضاء المجلس بل الملكيّة المحدودة بعدم الفسخ فلاتكون هذه الاخبار شاملة من الاوّل الى ما بعد الفسخ حتى يتوهّم كون الاشتراط مخالفاً لمقتضى الكتاب .

ثم انه لا شبهة فى جواز جعل الخيار مدة خاصة معينة أما متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه لاطلاق الادلة نعم ذكر بعض الشافعية أنه لا يجوز جعل الخيار بعد لزوم العقد فانه لا ينقلب الى الجواز بعد

اللزوم و لكنه بديهى البطلان فان كثيراً ما يطرء الجواز على العقد بعد اللزوم كما فى موارد خيار تاخير الثمن و موارد خيار الرؤية و موارد تخلف الشرط فان جميع ذلك و أشباهه يطرء الجواز على العقد بعد اللزوم فلايمكن الالتزام بكلام هذا القائل أيضاً ٠

و هل يجوز جعلُ الخيار الى الابد و مدة العمر نظير الوقف بحسب العمر أم لا فلم يستشكل أحد فى جوازه الا شيخنا الاستاذ حيث منع عن جواز مثل هذا الشرط لوجهين الاول أنه يوجب كون العقد غررياً و ذلك لانه لايعلم المتبايعان أن عمر المشروط له أى مقدار فيوجب البيع غررياً فيبطل لذلك ٠

و فيه أن الغرر هو الخطر و لا نرى فى ذلك خطراً اصلا غاية الامر أنه يكون مثل العقود الجائزة فهل يتوهم أحد أن الهبة أو الوكالة أو نحوهما من العقود الجائزة غررية ٠ و سيأتى الكلام فى نفس الغرر مع الجهل بالشرط ٠

الوجه الثانى ما ذكره(ره) من أن جعل الخيار الى الابد مخالف لمقتضى العقد فان للعقد دلالة مطابقية اعنى حصول الملكيّة للمشترى فالبيع يقيد بالمطابقة حصول الملكية للمشترى على وجه الاطلاق و دلالة التزامية أعنى كون المتبايعين ملتزمين بمفاد العقد وأنه لا- يختص التزامهما بزمان خاص بل هو ثابت الى الابد فاشتراط الخيار الى الابد و ان لم يكن مخالفاً لمقتضى العقد بحسب الدلالة المطابقية اعنى حصول الملكية المطلقة و لكنه مناف لمقتضى العقد بحسب الدلالة الالتزامية اعنى لزوم العقد الى الابد و أما جعل الخيار فى زمان خاص فلابأس به لعدم كونه مخالفاً لمقتضى العقد من الجهتين غاية الأمر

أنه شرط الخيار فى زمان خاص .

وفيه قد عرفت أنه لا دليل على بطلان الشروط المخالفة لمقتضى العقد الا من جهة المناقضة ومن الواضح أن اشتراط عدم حصول الملكية للمشترى مثلاً مناقض لمقتضى العقد بأن يبيع بشرط أن لا يملك المشترى أو يهب بشرط أن يبقى العين الموهوبة فى ملك الواهب وأما جعل الخيار فى البيع الى الابد فلايستلزم التناقض لمقتضى العقد كما هو واضح فانه أى مناقضة لبيع متاع أو دار بشرط أن يكون للبايع أو للمشترى خيار مدة العمر فيكون نظير العقد الجائز نعم لوكان هنا دليل تعبدى يدل على أن الشروط لابدّ وأن لا يكون مخالفة لمقتضى العقد لاخذنا باطلاقه وبالنسبة الى الدلالة المطابقية والالتزامية .

والحاصل قد علم أن المنشأ فى موارد جعل الخيار بالشرط ملكيّة محدودة فادلة اللزوم من الاول قاصرة عن الشمول لذلك فضلاً عن أن يلزم من جعل الخيار مخالفة الكتاب أو السنة .

ومع الاغماض عن ذلك فنقول : ان الظاهر من السنة الدالة على لزوم العقد هو الحصة الخاصة من العقد الذى لم يجعل فيه الخيار وأما ما جعل فيه الخيار فلايكون مشمولاً لها .

وتوضيح ذلك أن الادلة الدالة على ثبوت خيار المجلس وان دلت على لزوم البيع بمجرّد الافتراق وكونه واجباً على وجه الاطلاق ولكن لابدّ من تقييدها بما ذكرناه من أنه ورد فى بعضها أن اللزوم والوجوب انما هو بعد الرضا بالعقد كقوله (ع) فلاخيار لهما بعد الرضا وقد ذكر أن المراد من هذه العبارة الشريفة أنه لاخيار مجلس لهما بعد ما أقدما على المعاملة ورضيا بها وعليه فهى صريحة فى عدم شمول السنة

لعقد جعل فيه الخيار فان المتبايعين لم يقدما و لم يرضيا على المعاملة الا على النحو الذى انشآها و من الواضح أنهما أنشأ ذلك بحيث يكون لهما أو لاحدهما حق الفسخ بعد شهر مثلا أو الى شهر من زمان العقد فلايشمله قوله(ع) فاذا افترقا وجب البيع بعد الرضا اذ لم يحصل الرضا بدون الشرط المعلوم ٠

ثمّ انه قد عرفت أنه لا شبهة فى جواز اشتراط الشرط فى العقد من دون أن يلزم فيه محذور أصلاً و قد عرفت أنه يجوز أن يشترط فيه الخيار مدة معينة بل ما دام العمر و قد عرفت مناقشة شيخنا الاستاذ فى ذلك وعرفت الجواب عنه ٠

و هل يجوز اشتراط الخيار فى مدة مجهولة فى الظاهر و معيّنة فى الواقع (كأن يجعل البايع المشترى لنفسه الخيار الى قدوم الحاج أو نزول المطر و نحوهما) أو لا يجوز و الظاهر هو االجواز لعموم الادلة المتقدمة الدالة على أن المؤمنين عند شروطهم ٠

و الذى يمكن أن يكون مانعاً عن ذلك أحد الامورالثلثة الاول ما أرسله العلامة من أنه نهى النّبى (ص) عن االغرر فان هذا الشرط غررى فيكون منهياً عنه و يكون المشروط به أيضا منهيا عنه ٠

و فيه مضافاً الى عدم ثبوته اذ الثابت المنقول هو نهى النّبى (ص) عن بيع الغرر أنه لا دلالة فيها على فساد المعاملة المشروط بهذا الشرط الفاسد الّا بناءً على سرايته الى المشروط و هو فاسد وسيأتى الكلام منه ٠

الثانى : أن هذا الشرط أى شرط الخيار فى مدة مجهولة مخالف للسنة فيكون فاسداً و ذلك فانه ورد النهى عن بيع الغرر

فى الشريعة المقدسة فاشتراط الشرط الغررى مخالف له فيكون فاسداً وهذا هو الذى ذكره المصنف و ذكر أنه أكل من القفاء فان له أن يستدل من الاول بفساد هذا الشرط بدليل النهى عن البيع الغررى ٠

وكيف كان هذا الوجه أيضا لا يتم فانه ان كان المراد من الشرط المخالف للكتاب هو نفس الالتزام بحيث يكون نفس الالتزام بما يكون مخالفاً للكتاب و السنة أيضاً مخالفاً لهما فيرد عليه أنه مبنيى على سراية فساد الشرط الفاسد الى المشروط و بعبارة أخرى فالصغرى مسلم و لكن الاشكال فى الكبرى من أن الشرط الفاسد يوجب بطلان العقد أم لا ٠

و ان كان المراد به نفس الملتزم به ليكون هو بنفسه مخالفا للكتاب و السنة فلاشبهة أن الملتزم به ليس مخالفاً للكتاب و السنة فان جعل الخيار ليس فيه مخالفة لهما و الا لكان كل خيار فى كل عقد مخالفا للكتاب و السنة وعلى الجملة فان كان المراد من الشرط نفس الملتزم به فليس فيه مخالفة للكتاب و السنة و ان كان المراد به نفس الالتزام و هو وانكان مخالفاً للكتاب و السنة لكونه حراماً على الفرض و لكن لا يرى كونه موجبا لبطلان العقد لانه متوقف على كون الشرط الفاسد موجبا لبطلان العقد ام لا ٠

الثالث : النبوى المعروف من أنه نهى النبى (ص) عن بيع الغرر بدعوى أن اشتراط الخيار فى البيع مدة مجهولة غررى فيسرى الى البيع فيكون البيع أيضاً غررياً ٠ وعلى هذا فلا يتوقف الاستدلال على جعل الشرط مخالفاً للكتاب و السّنة يحتاج الى ارجاع الشرط الى نفس الملتزم به و لا الى النهى عن مطلق الغرر لنحتاج الى البحث عن ثبوته و عدمه ٠

و لكن يرد عليه أنه ان كان المراد من الغرر هو الجهالة فلاجهالة فى المبيع و ان كان الشرط مجهولا فانه اى جهالة فى المبيع المعلوم من جميع الجهات الذى وقع عليه البيع اذ لاتسرى الجهالة من ناحية الشرط الى المبيع أصلا ٠

و بعبارة أخرى بناءً على تمامية ما دل على النهى عن الغرر من حيث السند وكون الغرر بمعنى الجهالة فما يكون موجباً للبطلان هو جهالة ما يرجع الى الثمن و المثمن لاجهات الخارجية ومن الواضح أن العوضين هنا معلوم فلاتسرى الجهالة اليهما من ناحية الشرط المجهول كما هو واضح على أن الرواية ضعيفة السند و الغرر ليس بمعنى الجهالة ٠

و ان كان المراد من الغرر هو الخطر كما هو الظاهر على ماقربناه سابقاً فلا خطر هنا أيضاً فان الخطر انما يكون فيما لم يعلم أن ما بذله البايع أو المشترى أى مقدار وقع فى مقابله من المال بحيث تكون المالية التى تحصله فى مقابل ما يعطيه مجهولة فان هذا خطر ٠

و أما اذا كان ما يساوى ماله معلوماً فان فسخ يملك ما بذله نفسه و الا يملك ما بيده الذى أخذه من طرفه فاى خطر فى ذلك ولو لم يعلم أن العقد يفسخ أولا و أنه فى أى وقت يفسخ فان هذا لايضر بمالية المبيع أو الثمن فلا يجعلهما خطرية و الا فهذا يجرى فى جميع موارد الخيارات اذ لايعلم أن ذى الخيار يفسخ أو لا فهذا بنفسه لايوجب الغرر ٠

نعم فالمالية فى الثمن أو المثمن تكون خطرية باعتبار ترق القيمة السوقية أو تنزلها الى زمان الخيار و الفسخ اذ لايعلم أنه متى يجئى

الحاج أو ينزل المطرحتى يثبت الخيار لذى الخيار فيمكن أن تكون قيمة المبيع نازلة بحيث لا يسوى شيئاً فيكون البيع حينئذ خطرياً من ناحية هذا الشرط على أن دليل نفى الغرر ضعيف وغير منجبر بشئ وقد عرفته فى البحث عن القدرة على التسليم ولكن هذا يجرى فى جميع موارد الخيارات فلايختص بالمقام فانه يمكن أن يطرأ هذه الحالة للمبيع فى بقية الخيارات أيضاً ففيما ليس فيه خطر لا وجه لفساد الشرط وفيما فيه خطر فهو مشترك بين المقام وبين بقية موارد الخيارات .

هذا كله اذا كانت المدة مجهولة فى الظاهر ومعلومة فى الواقع كأن قال بعتك هذا الشئ على أن يكون لى الخيار مدة خاصة ولم يبين المدة أو قال لى الخيار وأطلق فهذا باطل ثبوتاً أيضاً لاستحالة امضاء امر المجهول الا أن يقال أنه يحمل على ثلثة أيام . كما افتى به جمع من الأكابر وذكر الشيخ الطوسى أن عليه أخبار الفرقة وقد عامل بعضهم معاملة الرواية ولكن الظاهر أنه لا يكون دليلاً فى المقام اذ لم نجد رواية تدل على هذا الرأى ولم ينقله احد حتى الشيخ فى كتابيه فلو كان هنا خبر يدل على ذلك لنقله هو أو غيره والظاهر أنه استنبط ذلك من الروايات وذكر أن عليه أخبار الفرقة وقد ذكر نظير ذلك فى قصر الصلوة عند الخروج الى الصيد ووجدنا الموارد التى استنبط ذلك منها وعليه فان كان هنا اجماع أو تسالم على حمل مثل هذا الشرط على ثلثة أيام نأخذ به وإلّا فيحكم بالبطلان كما هو الظاهر .

(فى مبدء خيار الشرط)

قوله مبدء هذا الخيار من حين العقد أقول ان كان وقت خيار

الشرط معلوماً بالنص كأن يجعل لنفسه الخيار فى اليوم الفلانى فهو و الا بأن اطلق وقال بعتك على أن يكون لى الخيار الى خمسة أيام فان ظاهر الاطلاق هوكون الخيار من حين العقد و الّا كان الاطلاق لغوا ولو جعل لأحدهما الخيار فى اليوم المعين فالاطلاق يقتضى أن يكون مبدء الخيار من اول ذلك اليوم وقال المصنف انه لو شرط خيار الغد كان مبدئه من طلوع الفجر ولكنه مبنى على أن يكون أول النهار من طلوع الفجر ولكنه فاسد بل النهار المقابل لليل أوله من طلوع الشمس وآخره غروبها و بعبارة أخرى قد ذكرنا فى مباحث الصلوة أن قوس النهار من طلوع الشمس فما دام أنها تحت الارض لا يتحقق النهار و مقابل ذلك الليل ٠

وقد ذهب الشيخ و الحلى الى أن مبدئه من حين التفرق ووجهه الشيخ فيما سبق بأنه لا معنى لتعدد السبب لخيار واحد و قد تقدم جوابه بانه لا مانع من استناد الخيار الواحد الى أسباب عديدة و يترتب عليه الثمر فيما اذا سقط واحد فانه يفسخ بالآخر وقد تقدم ايضا النقض بأنه قد يجتمع خيارات عديدة فى محل واحد وكيف كان فلا محذور فيه على أنه يرد عليه بأن لازم كلامه هذا أن يكون خيار الشرط بعد خيار الحيوان أيضاً ٠

ثم ان المصنف قد ادعى التبادر هنا أن المتعاقدين انما يجعلان الخيار فى زمان ليس لهما الخيار و الا لم يجعلاه لنفسهما و قد أشار الى ذلك فى السرائر ٠

و فيه أولاً أن التبادر فى نفسه ممنوع و ثانياً ما ذكر المصنف انه لو تم هذا لا قتضى كونه فى الحيوان من حين انقضاء الثلثة و لم يلتزموا

بذلك على أنه انما يتم مع العلم بثبوت خيار المجلس و مع الجهل به لا يقصد من يجعله لنفسه الخيار الا الجعل من حين العقد لعدم التفاته بخيار المجلس بل هذا هو الأغلب اذ لا يلتفت نوع الناس بخيار المجلس

ثمّ أورد المصنف على دعوى أنه بعد انقضاء المجلس الحكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما و أورد عليه شيخنا الاستاذ بأن تبعية العقود للقصود و وجوب عدم تخلفها عنها انما هو لو قصد عنواناً خاصاً و ترتب عليه عنوان آخر مضاد له كما اذا قصد المتابيعين البيع و ترتب عليه الهبة أو الاجارة أو قصد المتعه و ترتب عليه الدوام بناءً على كونهما حقيقتين وأما بيع ما يملك و ما لا يملك فحيث ان القصد فيه فى الحقيقة ينحل الى قصدين فهو ليس من تخلف القصد عن العقد و فى المقام و ان قصدا كون مبدء الخيار من حين العقد الا أنهما قصدا من حينه الى سنة مثلاً فلو حكم الشارع بأنهما ما داما فى المجلس ليس لهما خيار الشرط فهو ليس من تخلف العقد عن القصد ٠

أقول : ان كان مراد المصنف أنه يلزم التخلف اذا كان قصد المتبايعين ثبوت الخيار لهما من حين العقد الى خمسة أيام فامضى الشارع بعد التفرق الى خمسة أيام و مقدار زمان قبل التفرق كخمسة أيام و نصف أو ساعة بحيث يضيف الناقص من الاول الى الآخر فلاشبهة فى كون ذلك من تخلف العقد عن القصد فلايرد عليه ما أورده شيخنا الاستاذ ٠

و ان كان مراده أن المتبايعين قصدا لنفسهما الخيار من حين العقد الى خمسة أيام ولكن الشارع ضيق دائرة خيارهما و نقص من خمسة أيام بمقدار بقائهما فى المجلس فح لا يلزم التخلف فان المورد

ح من قبيل بيع ما يملك مع ما لا يملك و امضاء البيع فى ما يملك وعدمه فيما لا يملك ٠ وعليه فاشكال شيخنا الاستاذ متين و نظير ذلك كثير فى الشريعة كبيع الصرف و السلم فان الشارع امضاهما بعد القبض و كبيع الفضولى و نحو ذلك ٠

ثم انه ذكر المصنف أنه لو جعل مبدء الخيار من حين التفرق بطل لادائه الى جهالة مدة الخيار وقد تقدم أن شرط اذا كان غررياً يفسد و يستلزم كون البيع فاسداً بناءً على كون الشرط الفاسد مفسداً للعقد و الا فيكون الفاسد هو الشرط فقط ولا يسرى الغرر الى المبيع وقد تقدم ولكن يمكن عدم الغرر و الجهالة هنا فى هذا المثال كما اذا جعلا الخيار من حين التفرق فان الشرط هنا لا يكون مجهولا لان آخره معلوم فهذه المدة مدة الخيار سواء كان بالمجلس أو بغيره فمادام فى المجلس فبه و بعده بخيار الشرط غاية الامر سبب الخيار مجهول ٠

(فى جعل الخيار للاجنبى)

قوله مسئلة يصحّ جعل الخيار لأجنبى أقول يقع الكلام فى جهات الاولى هل يشرع الخيار لاجنبى بعنوان أنه وكيل لان جعل الخيار له فى قوّة جعل الخيار لنفسه ولا شبهة أيضاً فى احتياجه الى القبول و كيف كان فهذا خارج عن محل الكلام ٠

و انما الكلام فى جعله للاجنبى بغير عنوان الوكالة فقد يقال: بعدم جوازه فان جعل الخيار فى العقد انما يشرع فى حق من كان طرفاً للالتزام و يكون له الخيار فى حل التزامه و ابقائه على حاله و من الواضح أن الاجنبى خارج عن ذلك ٠

و يضاف الى ذلك أنه لا دليل على مشروعية هذه الشرط فيكون مخالفاً للمشروع فان الثابت فى الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ أو بدخول الخيار بالأصل كخيارى المجلس و الشرط أو بالعارض كخيار الفسخ بردّ الثمن لنفس المتعاقدين .

أقول : لا وجه للتمسك فى ذلك بالروايات المستفيضة المتقدمة الدالة على أن المؤمنين عند شروطهم و ذلك لما عرفت سابقاً أن هذه الروايات ناظرة الى الحكم التكليفى و أنه لا بدّ و أن يكون المؤمن عند شرطه كقوله (ع) المؤمن عند عهده بل فى بعضها و ليف بشرطه فتكون خارجة عن الاحكام الوضعية و عن نفوذ الشرط وضعاً على أن هذه الروايات ناظرة الى الشروط التى سائغة شرعاً فيجوز جعلها فى العقود فى الشريعة المقدسة فلا تكون دالة على تشريع الشروط و جعلها .

و بعبارة أخرى أنها مسوقة لتجويز جعل الشروط التى سائغة فى الشريعة فلا تكون مشرعة فى نفسها و موجبة لجعل شرط لا نعلم مشروعيته قبل ذلك و عدمها و لذا قلنا أن هذه الروايات واردة فى مقام جعل الخيار لرجوع الشروط بالأخرة الى جعل الخيار بالالتزام و من الواضح أن مشروعية الخيار ثابت فى الشريعة المقدسة و أما فى غير ذلك فالشروط مخالفة للكتاب و السنة فلا يجب الوفاء بها .

و الظاهر أنه لا دافع لهذا الاشكال الا ما ذكرناه سابقاً من أن المنشأ هو الملكيّة المحدودة بعدم الفسخ فان التزام المتعاقدين انما هو على هذا النحو الخاص و ليس على وجه الاطلاق فانك قد عرفت أن الملكيّة المنشأ قد يكون مطلقة و قد تكون مقيدة لاستحالة الاهمال فى الواقعيات فالملكية المنشأة هنا مقيدة بعدم فسخ الاجنبى فيكون

ما هو یکون مشمولاً للعقد الملکیة المقیدة کما هو و بالجملة فکون الملکیة محدودة بجعل الخیار للاجنبی کتحدید الملکیّه بجعل الخیار لنفسه.

فتکون أدلة اللزوم من الاول دالة علی لزوم هذه الحصة فقط فیکون غیر هذه الحصة خارجة بالتخصص و قلنا أن تملیک المبیع و بیعه بالملکیة المحدودة من حیث الکیف لتقیده بعدم الفسخ لا بحسب الزمان متعارف فی الخارج فیکون مشمولاً لادلة اللزوم فنفس أدلة اللزوم تدل علی نفوذ هذا النحو من الشروط فلاتکون هذا الشروط مخالفة للکتاب و السنة. و لادافع لهذا الاشکال الا هذا و الا فلا مقتضی لمشروعیة هذا النحو من الشرط.

الجهة الثانیة فی أنه هل یحتاج هذا الشرط الی القبول بحیث ما لم یقبل الأجنبی هذا الشرط لایثبت له الخیار وللمتبایعین الشرط کما أن توکیل الغیر یحتاج الی قبول أولا یشترط فیه ذلک و ربما یقال أن مقتضی کون کل شخص مسلطا علی نفسه هو أن یکون تملکه شیئاً باختیاره و سلطنته فان هذا المضمون و ان لم یکن وارداً فی الاخبار و انما الوارد الناس مسلطون علی أموالهم و لکن هذا أمر وجدانی بل ثابت بالاولویة فان کون الانسان مسلطاً علی ماله یقتضی کونه مسلطا علی نفسه بالاولویة القطعیة - و قد قال موسی (ع) انی لا أملک الا نفسی و أخی و حکاه سبحانه و تعالی فی کتابه الکریم و علی هذا فمقتضی القاعدة عدم ثبوت الخیار للاجنبی الا بقبوله.

أقول : لا شبهة فی أن تملک أیّ شئ انما هو بالاسباب الاختیاریة التی جعلت فی الشریعة المقدسة من الاسباب المملکة غایة الامر ثبت علی خلاف هذه القاعدة تملک الورثة أموال المورث

بالاسباب القهرية و كذلك فى بعض الموارد من غير مسئلة الارث كالمصالحات القهرية و نحو ذلك فليس لاحد جبر غيره تملك شئ الا باختياره و لذا افتوا بعدم وجوب قبول البذل فى الحج ليكون مستطيعا و يجب عليه الحج ·

و لكن الظاهر أن الخيار خارج عن حدود الملك و ان فسرناه بملك فسخ العقد و تحقيق ذلك أنه قد تقدم فى أول البيع فى بيان الفرق بين الحق و الحكم أن الجواز الثابت فى العقود الجائزة أو اللازمة بواسطة جعل الشارع أو جعل المتعاقدين حكم شرعى من ناحية الشارع غاية الأمر أن ما ثبت فى العقود اللازمة يفترق عما ثبت فى العقود الجائزة بوجهين الاوّل أن الثابت فى العقود اللازمة اما بالجعل أو بواسطة جعل الشارع كخيارى المجلس و الحيوان يقبل السقوط بالاسقاط بخلاف العقود الجائزة فان الجواز فيها أمر ثابت بجعل الشارع و لا يقبل السقوط حتى باسقاط المتعاقدين ولو قالوا اسقطنا ألف مرة ·

و قد تقدم فى ما سبق فى أدلة خيار المجلس و الحيوان قوله(ع) فذلك رضا بالبيع فعلم أنه سقط بالاسقاط و بعبارة اخرى أن فى ذيل تلك الأدلة ما دل على سقوط الخيار بالرضا ·

الثانى أن الخيار الثابت فى العقود اللازمة ينتقل الى الوارث بموت المورث و نحوه و الخيار الثابت فى العقود الجائزة بحسب الطبع بحكم الشارع لا يقبل ذلك بوجه و لكن هذان الوجهان يرجعان الى الفرق من حيث الحكم الشرعى و لا يوجب بينونتهما بحسب الحقيقة و الا فالجواز شئ واحد بحسب الحقيقة و لاميز بينهما و لا بينونة بينهما

بحسب الحقيقة فالنتيجة أن الخيار و الجواز فی العقود الجائزه والعقود اللازمة شئ واحد وحكم شرعی جعله الشارع للمتعاقدين وكذلك ما جعله المتعاقدان فانه أيضاً من قبيل الحكم فقد اعطى الشارع اختيار جعله بيد المتعاقدين وعلى هذا المنهج فباب الخيارات بالكلّية أجنبية عن حدود الاملاك المصتلحة وعليه فلا مانع من جعل الخيار للاجنبی من غير أن يكون ثبوته له محتاجاً الى القبول فان هذا حكم شرعی يثبت للاجنبی وكونه من قبيل الحقوق و الاملاك الحقيقة سالبة بانتفاء الموضوع كما هو واضح فيكون الالتزام بالعقد مقيداً بعدم فسخ الاجنبی فاذا فسخ بطل العقد و الا فيبقى على حاله ولا يكون لقبوله وعدمه أصلاً مدخل فی ذلك فمعنى جعل الخيار له هو كون العقد مقيداً بعدم فسخه كما هو واضح ٠

غايته بجعل المتعاقدين و من هنا يظهر أنه لا يسقط باسقاط الاجنبی فان الدليل على سقوط الخيار باسقاط ذی الخيار انما هو فی المتعاقدين فان الظاهر من أدلة ثبوت أنواع الخيار لهما هو ذلك و أما الاجنبی بعد قيام الدليل على جوازه فلايكون قابلاً للسقوط باسقاطه ٠ فلايكون ساقطاً كما لا يخفى ٠

الجهة الثالثة : أنه هل يجوز للمتعاقدين اسقاط هذه الخيار عن الاجنبی أم لا فقد اختار السيّد (ره) فی حاشيته الوجه الاوّل قال (أن شرطه كون الاجنبی ذا خيار فخيار الاجنبی حق للمشروط له فكما يجوز اسقاط خيار نفسه لو جعله لنفسه فكذلك فی الاجنبی و ليس الشرط حدوث الخيار للاجنبی بل دوامه فيكون كخيار نفسه فی جواز اسقاطه و لا يضر سقوط حق الاجنبی أيضا من غير اختياره كما أنه يجوز

للاجنبي اسقاطه فيسقط المشروط له ايضاً قهراً عليه) .

أقول أن ثبوت الخيار للاجنبي و ان كان حق للمتعاقدين و لكن ذلك في ناحية الحدوث دون البقاء فثبوت الخيار للاجنبي حدوثا انّما هو بجعل المتعاقدين و حق لهما في أن يجعلا الخيار في العقد لنفسهما أو لغيرهما و أما من حيث البقاء فلا دليل على قبوله السقوط باسقاط المتعاقدين بل قلنا انه لا يسقط باسقاط نفس الاجنبي ايضاً فكون ثبوت الخيار للاجنبي حدوثاً حقاً للمشروط له لا يلازم كونه بيده أيضاً بقاءً بل لا بدّ بعد ثبوته للاجنبي ملاحظة ما دل على سقوط الخيار بالاسقاط و من الواضح أنه ليس لنا ما يدل على سقوطه باسقاط المتعاقدين بل باسقاط نفس الأجنبي فيكون نظير الجواز الثابت في الهبة وغيرها من العقود الجائزة فلايعقل انفكاكه عن العقد ما دام العقد باقيا و لا شبهة أن سقوط الخيار بالاسقاط يحتاج الى دليل و قد دل الدليل على سقوطه بالاسقاط في الخيارات المجعولة لنفس المتعاقدين فان في ذيل أدلة خياري المجلس و الحيوان ما يدلّ على سقوطه بالرضا و أما ما جعلاه للاجنبي فلا دليل على سقوطه بالاسقاط .

و بعبارة أخرى تارة يشترط المشروط له في العقد أن يخيط المشروط عليه له الثوب و لا شبهة أن مرجع ذلك الى جعل الخيار لنفسه على تقدير ان لا يخيط له الثوب و له حينئذ أن يسقط خياره على تقدير تخلف الشرط فان ذلك حق للمشروط له .

و أخرى يجعل الخيار للاجنبي فلاشبهة حينئذ أن المشروط له له حق الجعل حدوثاً و أما بعده فليس له فسخ ذلك لكونه حقاً

ثابتاً للاجنبى فلا دليل لسقوطه باسقاط غيره ٠

وقد انتهى الكلام الى جعل الخيار للاجنبى وقد قلنا أن مرجعه الى تحديد الملكيّة المنشأة وكون المنشأ من الاوّل مقيدا فتكون أدلة اللزوم من الاول قاصرة الشمول لما بعد الفسخ فضلاً عن أن يكون الشرط مخالفاً للكتاب و السنة ٠

و بقى الكلام فى الجهتين الاخريتين الاولى فى أن خيار الاجنبى هل هو مشروط بملاحظة الغبطة و المصلحة أم لا فنقول قد يكون جعل الخيار للاجنبى مشروطاً بمراعات مصلحة من جعل الخيار له و حينئذ فلاشبهة فى كون خياره مقيداً بذلك فلايكون فسخه نافذا بغير ملاحظة المصلحة وقد يجعل له الخيار على وجه الاطلاق سواء كان فى الفسخ مصلحة أم لا و حينئذ فيكون له الخيار على وجه الاطلاق هذا لا شبهة فيه مع التصريح بذلك فى مقام الاثبات وأما لو جعل الخيار للاجنبى مع عدم التصريح بكونه ذى خيار على وجه الاطلاق بل أطلق فهل يثبت له الخيار أيضاً على وجه الاطلاق أم ينصرف الى صورة كون الفسخ مصلحة للمشروط له ٠

أقول ان كان جعل الخيار للاجنبى من كلا المتبايعين فلا وجه لملاحظة المصلحة لهما ح فان الغالب أن البيع يكون مصلحة لاحدهما وغير مصلحة للآخر فان الغالب أما أن يكون فيه ربح المشترى أو ربح البايع و قلما يتفق أن يكون البيع مصلحة للبايع و المشترى معاً و عليه فلاوجه لملاحظة المصلحة فهما ولو كان جعل الخيار للاجنبى من احدهما فقط دون الآخر و مع ذلك اطلق فى جعله فهل ينصرف ح الى صورة وجود المصلحة فى الفسخ أم لا فنقول أن ثبوت الخيار للاجنبى

على وجه الاطلاق وان كان ممكناً ثبوتاً ولكنه ينصرف الى صورة كون فسخ الاجنبى مصلحة للمشروط له فان الظاهر أن جعل الخيار له ليس على وجه يكون فى نفس الجعل غرض بل هو من جهة أن المشروط له ليس له بصيرة على حال البيع وانه جاهل بخصوصيات البيع والمبيع وأن هذه المعاملة مصلحة له أم لا لكونه غريباً مثلاً فجعل الخيار له من جهة أن يلاحظ مصلحة هذا الشخص والا فيكون نقضاً للغرض كما لا يخفى ٠

وعليه فدعوى الانصراف الى صورة وجود المصلحة ليست بدعوى جزافية الا أن يصرح على كون الخيار للاجنبى على وجه الاطلاق ٠

الجهة الثانية : أنه لو جعل الخيار لشخصين أو لنفسه مع الاجنبى أو لعدة أشخاص فهل يكون الخيار لكل منهما أو على المجموع أو غير ذلك وقد عرفت فى خيار المجلس نظير ذلك فنقول اجمالا أنّ الخيار تارة يكون ثابتاً للطبيعة على نحو الكلى الطبيعى بحيث كل من سبق الى اعمال الخيار من الفسخ أو الامضاء يتحقق الطبيعى فى ضمنه فلايبقى خيار لفرد آخر من هذه الطبيعة أصلاً وهذا لا شبهة فيه وقد يكون ثابتاً لكل فرد فرد بعنوان الفردية لا بما أنهم من مصاديق الطبيعة وعلى هذا فيكون كل واحد منهم ذى خيار وعليه فان سبق أحدهما الى الفسخ فلايبقى موضوع لخيار الثانى فانه يوجب انهدام العقد وانحلاله من أصله فلايبقى شئ حتى يكون الثاني يعمل خياره ٠

وان كان أمضى العقد فيكون العقد ممضى من قبله فقط فلايكون ذلك امضاءً من قبل الآخرين وقد عرفت النكتة بين الفسخ والامضاء فى خيار المجلس وقلنا أن الفسخ هو انحلال العقد فلايعقل الا من الطرفين

وهذا بخلاف الامضاء فان الامضاء من أحد الطرفين لا يستلزم الامضاء من الطرف الآخر .

وقد يكون الخيار ثابتاً للمجموع من حيث المجموع فقد قربنا فى خيار الورثة وعليه فامضاء كل من الطرفين أو فسخه لا يؤثر الا من قبله فقط فيكون خيار الأخرين باقياً على حاله فلهم الفسخ أو الامضاء فان اتفق جميع هؤلاء على الفسخ انفسخ العقد والا يبقى العقد على حاله وكيف كان فالخيار تابع لجعل الجاعل كما هو واضح .

قوله مسئلة يجوز لهما اشتراط الاستيمار بان يستأمر المشروط عليه الاجنبى فى امر العقد أقول حيث كان الكلام فى جعل الخيار للاجنبى فلمناسبة ذلك ذكر مسئلة الاستيمار فى أمر العقد وان لم يكن من جعل الخيار فى شئ .

فنقول انه يمكن تصوير ذلك بوجوه ولكن المناسب للمقام اعنى مسئلة جعل الخيار للأجنبى . وجهان الذان ذكرهما السيّد (ره) .

الاول أن يكون مرجع ذلك الى جعل الخيار لنفسه على تقدير أمر الاجنبى بالفسخ والا فلا وعليه فهل يجوز له أن يفسخ قبل الامر والاستيمار أم لا الظاهر بل المقطوع به هو العدم لانّه انّما جعل لنفسه الخيار على تقدير خاص فليس له أن يفسخ بغير هذا التقدير اذ لا خيار له بدونه وأما لو أمر الأجنبى الذى جعل لنفسه الاستيمار منه قبل الاستيمار فهل يجوز له الفسخ بذلك أم لا والظاهر هو جواز الفسخ بهذا الامر وذلك لان الاستيمار ليس له موضوعية فى ثبوت الخيار للمشروط له وانّما هو طريق الى تحصيل الامر من الغير فانه لا داعى لهذا الغير أن يأمر بالفسخ أو الامضاء بدون

الاستيمار ولذا يستأمر منه والا فالغرض هو تحصيل الامر فقط وعليه فيجوز الفسخ ان أمر به الاجنبى بدون الاستيمار فانه يثبت له الخيار بذلك الامر .

ثم انه اذا استأمر من الشخص المعلوم فلم يأمر بالفسخ بل بارك له فى معاملته فليس للمستأمر حق الفسخ أصلا اذا كان له الخيار على تقدير أمره بالفسخ وان أمر بالفسخ فيجوز له ان يفسخ ويجوز له أن لايفسخ لان الحق له نعم لو كان عند أمره بالفسخ حق للطرف الأخر أيضاً بأن كان الطرف اشترط عليه أن يفسخ بأمر المستأمر بالفسخ وجب عليه الفسخ كما لا يخفى .

وأما وجوب الفسخ فلا يثبت له حكم تكليفى وجوبى لما عرفت أن الخيار حق لذى الخيار فيثبت به له حق فى فسخ العقد أو امضائه وأما الحكم التكليفى فلايثبت هنا بوجه .

ثم انه بناءً على ما تقدم من ذهاب المشهور الى بطلان الشرط بكونه مجهولا كجعل الخيار لأحدهما على تقدير نزول المطر أو قدوم المسافر فلاشبهة فى بطلان البيع لمجهولية الخيار الناشئ من جعل الاستيمار من شخص لنفسه بناءً على هذا الوجه الذى هو الظاهر و المناسب لمسئلة جعل الخيار للاجنبى فان الشرط ح يكون مجهولاً اذ لافرق بين هذا و بين جعل الخيار على تقدير قدوم الحاج و من الواضح أن جعل الخيار على تقدير أمر الفلان بالفسخ اذا استأمره أمر مجهول فلامناص لهم من القول بالبطلان لجهالة المعاملة على مذاق المشهور وأما بناءً على ما ذكرناه من عدم كون البيع غررياً بذلك مع كون ما يأخذ كل منهما أو يراجعه من الآخر بعد الفسخ معلوماً أعنى العوضين . و قد

عرفت ذلك و هذا هو الوجه الاول و هذا هو المرتكز فی الاذهان و ینصرف الیه الاطلاق ·

الوجه الثانی : أن یشترط أحد الطرفین علی الآخر عدم الفسخ ما لم یأمر الاجنبی بذلك بحیث یكون فی ذلك حق لكلیهما معاً بخلاف السابق فانه كان الشرط لاحدهما فقط و هذا الوجه لامحصل له اصلاً فانه ان كان المراد به اشتراط عدم الفسخ ما لم یأمر به المستأمر بالفتح فلو فسخ قبل الأمر ینفسخ العقد و لكن یثبت للطرف الآخر خیار تخلف الشرط كما هو الظاهر من الاشتراط وح فلایبقی مجال لثبوت الخیار للطرف الآخر مع التخلف اذ لا یبقی موضوع للخیار أصلاً بعد انهدام العقد و توضیح ذلك أنه علی المختار من رجوع الشرط الی جعل الخیار علی تقدیر التخلف فلایبقی موضوع لذلك فانه یكون فسخه مؤثراً فی العقد فلا یبقی هنا عقد حتی یفسخه الطرف الآخر بخیار تخلف الشرط من جهة عدم وفاء الطرف الآخر بالشرط أعنی به عدم الفسخ قبل الأمر و بالجملة فاشتراط عدم الفسخ ح لاأثر له أصلاً ·

وعلی مسلك المشهور من كون الاشتراط موجباً لمجرّد اثبات حكم تكلیفی أعنی وجوب الوفاء بالشرط فلو خالف من له خیار الفسخ بالأمر بعد الاستیمار ففسخ قبل الامر قد فعل فعلاً محرماً و أما عدم نفوذ فسخه فلامانع منه فان ثبوت الحكم التكلیفی لا یمنع عن تأثیر الحكم الوضعی فیمكن أن یكون الفسخ حراماً و مع ذلك یكون نافذاً و أما علی مسلك شیخنا الاستاذ من كون الشرط موجباً لعجز المكلف تكلیفا عجزاً شرعیاً لكون المنع الشرعی كالمنع العقلی فلایكون الفسخ مؤثراً و لكن قد عرفت عدم تمامیته و یأتی الترض بذلك فی باب الشروط انشاء الله ·

و ان كان المراد من اشتراط عدم الفعل اعنى عدم الفسخ ان لا يكون له حق الفسخ قبل الامر فيكون ذلك عين الوجه الاول فلا يكون وجهاً آخر غيره فيكون معنا جعل الخيار على تقدير امر الاجنبى به .

الثالث أن يكون المراد من الاستيمار اشتراط أحدهما الفسخ بعد أمر المستأمر بالفتح بذلك بحيث يشترط الفعل الوجودى دون العدمى و هذا صحيح غير الوجه الاول و لكنه خلاف المرتكز و خلاف الانصراف وعليه فاذا أمر المستأمر بالفتح ففسخ المستأمر بالكسر فبها و الّا فيثبت للطرف الآخر خيار تخلف الشرط فيفسخ هو بنفسه كما هو واضح .

قوله مسئلة من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه و يقال له بيع الخيار و هو جايز عندنا أقول قد عرفت .أصل خيار الشرط و وجه ثبوته للمشروط له و يقع الكلام فى بعض أقسام الخيار و من أفراده ما هو المعروف الذى سيمى ببيع الخيار فى العرف اى بيع فيه الخيار و معناه أن يبيع متاعاً على أن يكون له الخيار بعد رد الثمن و قد تعارف ذلك فى الخارج لعلاقة الناس بأموالهم و احتياجهم الى البيع و يريد أن يجمع بين الحقين و هذا لاخلاف فى جوازه بين الاصحاب ولكن العامة بنوا على خلافه و جرى عليه القانون الحكومى فى الخارج و لذا لا يمضون مثل هذه المعاملة بل بنوا على معاملة الرهون .

وكيف كان فلاشبهة فى مشروعيّة هذه المعاملة و يكفى فى مشروعيته مضافاً الى التسالم بين الفقهاء الأدلة المستفيضة المتقدمة الدالة على أن المؤمنين عند شروطهم و أن القاعدة تقتضى صحة ذلك لكون انشائهم على هذا النحو الخاص و يدل على صحة ذلك مضافاً

الى ما ذكر من الروايات الكثيرة بين صحيحة و موثقة و غيرهما فانّها صريحة فى صحة هذا النحو من البيع وانّما الكلام فى تصوير ذلك فقد ذكر المصنف هنا وجوهاً خمسة .

الاول أن يكون الخيار معلقاً برد الثمن بحيث متى ردّ الثمن ان يكون له الخيار فى رد المبيع .

الثانى : أن يكون رد الثمن قيداً للفسخ بأن يشترط على الطرف أن يكون الرد قيداً للفسخ بمعنى أن له الخيار فى كل جزء فى المدة من زمان العقد الى زمان ردّ الثمن و لكن ليس له أن يفسخ الّا بعد ردّ الثمن .

و الظاهر أن هذا الوجه ليس وجهاً آخر فى مقابل الوجه الاول فانه اذا كان الفسخ مقيداً بردّ الثمن فمعناه أنه لا يقدر على الفسخ قبل ردّ الثمن و معنى عدم قدرته على الفسخ قبله أنه لاخيار له قبل ردّ الثمن فيكون الفرق بين الوجهين بحسب الصورة فقط والا ففى الثانى أيضاً نفس الخيار مقيد برد الثمن و قبله لاخيار له أصلاً .

الوجه الثالث : أن يكون ردّ الثمن فسخاً فعليّاً بأن يراد منه تمليك الثمن ليتملك منه المبيع . أقول الظاهر أن هذا الوجه أيضا عند التحقيق ليس وجهاً آخر فى مقابل الوجه الاول فان معنى كون ردّ الثمن فسخاً فعليّاً أنه لاخيار له قبل رد الثمن غاية الامر أن فسخه مقيد بكونه بردّ الثمن وعدم تحققه بالقول فتكون دائرة الفسخ مضيقة وهذا لا يوجب جعله قسماً آخر فى مقابل الاول و الا فيمكن أن يكون هنا تقسيمات كثيرة باعتبار القيام و القعود و لبس البياض و لبس السواد و غير ذلك من الاعتبارات و لاشبهة أن المراد بكون ردّ الثمن فسخاً ليس

رده على وجه الاطلاق ولوكان الرّد بعنوان الوديعة أو العارية أوغير ذلك من العناوين بل بعنوان أن يكون فسخاً و يتحقق به الفسخ واذن فيكون معناه أن له الخيار بعد ردّ الثمن بشرط أن يكون الفسخ بردّ الثمن دون غيره وليس هذا الا كون أصل ثبوت الخيار مقيداً بقيد خاص .

الرابع أن يؤخذ ردّ الثمن قيداً لانفساخ العقد .

و الظاهر أن هذا أيضاً ليس فى مقابل الوجه الاول وجهاً آخرفى المقام و ذلك لان مرجع هذا الى ان العقد ينفسخ بحصول سبب الفسخ و ايجاد ما يتحقق به الفسخ و هو عين الوجه الاول فانه عليه ايضاً ينفسخ العقد بايجاد ما يتحقق به الفسخ من الفسخ القولى أو الفعلى كما هو واضح .

الخامس : أن يكون ردّ الثمن شرطا لوجوب الاقالة على المشترى بأن يلتزم المشترى على نفسه أن يقبله اذا جاء الثمن و استقالة و هذا الوجه مغائر للوجه الاول فان المشترى يشترط على البايع أن يقبله اذا جاء بالثمن فليس هذا اشتراط خيار على تقدير بل معناه أنه يشترط الاقالة وح فاذ جاء بالثمن فاستقاله البايع فأقاله فبها والاكان للمشترى خيار تخلف الشرط كما هو واضح فيفسخ هو بنفسه .وعلى الجملة فمرجع الوجوه الخمسة الى الوجه الاول الا هذا الوجه الاخير .

قوله (ره) الامر الثانى الثمن المشروط رده أقول قد عرفت أنه لاشبهة فى جواز جعل الخيار بردّ الثمن ثمّ ان الثمن الذى كان الخيار مشروطاً بردّه قد يكون كليّاً فى ذمة البايع قبل البيع وقد يكون عند المشترى أما الاول فكما اذا كان البيّع مقروضاً لزيد عشرة دنانير فباع

منه کتاباً بعشرة أیضاً فانه لاشبهة ح فی سقوطه عن البایع فلا یعقل هنا اشتراط الخیار بردّ الثمن وهذا خارج عما نحن فیه نعم لو تفاسخا وردّ المشتری المبیع الى البایع یکون ذمة البایع أیضاً مشغولة بما کان مشغولة به أولاً کما هو واضح ·

وأما اذا کان الثمن عند المشتری کلیّاً أو شخصیّاً أو فی ذمّة شخص آخر على نحو الکلی فی الذمة أو فی المعین فنقول ح أن الکلام تارة یقع قبل القبض وأخرى بعده أما اذا کان قبل القبض فقد یکون کلیّاً وقد یکون شخصیّاً أما الاول فالظاهر ثبوت الخیار للبایع فانه وان کان الخیار مشروطاً برد الثمن الى المشتری وکان المتفاهم العرفی من الرد کونه بعد القبض فان معنى الرد هو رد المأخوذ ولکن الردّ بنفسه لیس له موضوعیة بل الغرض وصول الثمن الى المشتری وکونه عنده ومن الواضح أن هذا النتیجة حاصلة قبل القبض والاقباض فما لم یقبض المشتری الثمن من البایع فله الخیار الى الوقت الذی جعل فیه الخیار مشروطاً برد الثمن ولاشبهة أن هذا مما علیه الارتکاز العرفی

وهل له الخیار بعد انقضاء المدة وقبل الاقباض بأن اشترط البایع على المشتری ثبوت الخیار له اذا رد الثمن الى ثلثة اشهر وتم ثلثة أشهر فلم یقبض المشتری الثمن حتى انقضت المدة فقد احتمل المصنف هنا وجهان الاول لزوم البیع لانقضاء المدة التی اشترط فیها الخیار بردّ الثمن ·

والثانی عدم اللزوم بناءً على أن اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله فان الردّ بدون القبض لامعنى له فحیث لم یحصل الشرط فلم یکن البیع لازماً بل یکون متزلزلاً کما هو واضح ·

و فيه أن الرد بحسب المتعارف و المتفاهم و انكان منوطاً بالقبض و لكن ارتفاع الخيار المشروط بالرد ليس متوقفاً على تحقق القبض فليس له موضوعية فما لم يخرج أمد الزمان الذى فيه الخيار مشروطاً بالرد الثمن فللمشروط له الخيار قبل القبض و بعد انقضاء المدة يتم أمد زمان الخيار المجعول لعدم الاشتراط وراء هذا الزمان فليس هنا شرط آخر أيضاً يدور مداره الخيار و لا يفرق فى ذلك حصول القبض و عدمه نعم قبل انتهاء زمان الخيار فعدم القبض يفيد فائدة الرّد كما عرفت و الحاصل أن ردّ الثمن و ان كان موجباً لثبوت الخيار و أن عدم القبض يفيد فائدته و لكن فى زمان خاص و المفروض أنه تم هذا الزمان كما لا يخفى فافهم ٠

نعم يثبت للبايع الخيار لكن لا بهذا الشرط بل لتخلف الشرط الضمنى حيث أن من المرتكزات الضرورية أن كل من يعامل فيشترط فى ضمن العقد وصول بدل ماله اليه فى أى وقت يطالبه الا مع اشتراط التأخر فاذا تخلف الشرط و تأخر الثمن ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط الضمنى ٠

و أما اذا كان الثمن شخصيّاً ٠

فتارة يشترط البايع على المشترى ثبوت الخيار بردّ عين الثمن ٠

و أخرى برد بدله مع التلف و الا فيرد عينه ٠

و ثالثة يشترط لنفسه ثبوت الخيار بردّ بدل الثمن سواء كانت عين الثمن موجودة أو تالفة ٠

و رابعا يشترط لنفسه الخيار بشرط رد الثمن و يطلق ولم يصرح برد بدله وعدمه أما الاول فلاشبهة فى ثبوت الخيار له برد نفس الثمن

و مع التلف يسقط الشرط و يكون البيع لازماً لاستحالة رد عين الثمن بعد التلف و أما الثانى فهو واضح أيضا فان ثبوت الخيار تابع للشرط فاذا سقط الشرط ثبت الخيار برد عينه مع البقاء و رد بدله مع التلف ثبت له الخيار بحسب هذا الاشتراط اذا كان الرد فى زمن الشرط ٠

و أما الثالث فهو اشتراط الخيار برد مثل الثمن ولو مع بقاء العين فقد أشكل المصنف فى ذلك فان قانون الفسخ يقتضى رجوع كل من العوض و المعوض الى صاحبه فردّ بدله مخالف لذلك ٠

أقول تارة يشترط البايع على المشترى ثبوت الخيار لنفسه برد مثل الثمن لامن جهة أن يكون الثمن باقياً فى ملك البايع و يعطى بدله للمشترى بل غرضه أن يكون بدل الثمن نظير الوثيقة عند المشترى ليطئمن من رد أصل الثمن و يردّ بدله الى نفس البايع وهذا لاشبهة فيه بوجه فلايكون البدل ملكا للبايع الا اذا حصلت مراضات جديدة و مبادلة جديدة ٠

و ان كان غرضه كون المثل عوضاً عن الثمن فح يرد عليه ما ذكره المصنف من أن قانون الفسخ يقتضى رجوع كل من العوضين الى صاحبه و لكن الظاهر أنه لامانع من ذلك فان معنى ثبوت الخيار برد مثل الثمن ليس هو ما ذكره المصنف ليرد عليه الاشكال المذكور بل معناه أن البايع عند اشتراط هذا الشرط يفعل امرين أحدهما أنه يجعل لنفسه الخيار بحيث يقدر على الفسخ و الثانى يشترط على المشترى المبادلة بين الثمن و بدله على تقدير الفسخ ولو كان الشرط الثانى بحسب الارتكاز وعليه فاذا فسخ المعاملة برد بدل العين يفعل أمرين أحدهما فسخ المعاملة و الثانى تبديل بدل الثمن

بأصله بمراضات جديدة ولا شبهة في صحة مبادلة مال بمال وان لم يكن أحدهما ثمنا والآخر مثمناً فان نفس عنوان المبادلة عن تراض من المعاملات المشروعة فى الشريعة المقدسة .

وبعبارة أخرى أن تبديل الثمن بغيره ولوكان ذلك الغير مثله من جميع الجهات وان كان يحتاج الى مراضات جديدة ولكن البايع قد اشترط ذلك فى ضمن العقدو قداشترط فسخ المعامله بالرد واشترط أيضاً تبديل بدل الثمن بالمثمن فافهم .

وأما اذاكان البايع اشترط ثبوت الخيار له برد الثمن مطلقاًفقد استظهر المصنف من ظاهر اللفظ كون الخيار مشروطاً برد نفس الثمن دون مثله فان المرتكز من الثمن هو نفسه لا بدله وهذا الذى أفاده وان كان متيناً فى غير هذا المورد ولكنه لا يمكن المساعدة عليه فى خصوص المقام فان من الواضح بحسب مرتكزات العرفية ومتفاهمهم أن من يبيع داره بهذا الشرط معناه أن له احتياج الى الثمن ليصرفه فى محاوجه ولكن حيث كان له رغبة الى ماله فلا يريد أن يخرج من تحت تصرفه فيبيعه بهذا الشرط ليكون جمعاً بين الحقين فاذا لاحظ العرف هذا المعنى يقطع أن اشتراط ثبوت الخيار برد الثمن هو رد بدله مع التلف وان أطلق البايع فى مقام الاشتراط و هذا واضح جداً .

وبعبارة أخرى قد ذكر المصنف أنه اذ اشترط البايع على المشترى الخيار على تقدير رد الثمن فيحمل على رد الثمن فقط دون بدله فان الظاهر من الثمن بحسب الارتكاز هو ذلك فلا يطلق على بدله فاشتراط رد الثمن يكون منصرفاً الى ما هو الظاهر و الغالب

أعنی نفس الثمن دون بدله ٠

و ذکرنا أن هذا الذی ذکره المصنف انما هو متین فی غیر هذا المورد فان الظاهر من اطلاق الثمن هو نفسه و أما فی المقام فلا لخصوصیة تقتضی أن یراد من اشتراط ردّ الثمن ردّ الأعم منه و من بدله و هذه الخصوصیة أعنی قیام القرینة الخارجیة علی ذلک فان کون المشتری فی مقام صرف الثمن و احتیاجه الی ذلک مع اشتراط الخیار علی تقدیر رد الثمن یقتضی ارادة الأعم من رد نفس الثمن ورّد بدله و هذه القرینة تقتضی رفع الید عمّا ذکره المصنف فی خصوص المقام ٠

و لکن لابدّ من تخصیص ذلک بما اذا کان الثمن الذی احتاج الی صرفه من النقود أو ما یشبه النقود کالحنطة و نحوها بحیث اذا صرف فی المحاوج لا یبقی له موضوع أصلاً و أما اذا کان مما لا یکون کذلک بحیث یبقی مع رفع الاحتیاج کأن أخذ کتاب الجواهر للمطالعة بعنوان جعله ثمناً لمتاع فاشترط ثبوت الخیار علی تقدیر ردّ الثمن فانه لا یمکن رفع الید عما ذکره المصنف و حمل کلامه علی الأعم من رد الثمن و رد بدله ٠

هذا کله اذا کان الثمن شخصیّاً و أما اذا کان کلیّاً فان کان کلیّاً فی ذمة البایع فقد عرفت خروجه عن مورد الکلام فانه بمجرد تحقق البیع یسقط و لا یبقی شئ فلا یعقل رد الثمن حینئذ غایة الأمر اذا تفاسخا تکون ذمة البایع أیضاً مشغولة بالثمن ثانیاً ٠

و ان کان کلیّاً فی ذمة المشتری أو شخص آخر بحیث یکون ما یعطیه المشتری للبایع مصداقاً من ذلک الکلی لاعین الثمن فان المفروض أن الثمن هو الکلی و حینئذ ان اشتراط المشتری أن یکون

المردود عند الرّد هو نفس ما يعطيه المشترى للبايع و الا فلا خيار له فهذا لا اشكال فيه فان ردّ البايع نفس ما اخذه ثبت له الخيار نظير ما تقدم فى الثمن الشخصى و ان اشتراط البايع ثبوت الخيار له برد الثمن أعم من رد عينه أو بدله و هذا أيضاً لا شبهة فيه فيكون الشرط متبعاً كما تقدم فى الثمن الشخصى وأما اذا اشترط البايع على المشترى ذلك و اطلق فهذا هو محل الكلام بين الاعلام فذكرالمصنف أن المتبادر بحكم الغلبة فى هذا القسم من البيع المشتهر ببيع الخيار وهو رد ما يعم البدل اما مطلقاً أو مع فقد العين و يدل عليه صريحا بعض الاخبار المتقدمة الا أن المتيقن منها صورة فقد العين .

أقول لا شبهة فى انّه اذا كان الثمن كلّياً فلايكون المدفوع بعينه ثمناً بل ممّا ينطبق عليه الثمن الكلى وعلى هذا فلو اشترط البايع ثبوت الخيار له مع رد الثمن مطلقاً فلا يعقل رد نفس الثمن على كليته لانه غير قابل لذلك مع أنه لم يؤخذ حتى يرد وعليه فيكون مقتضى الاطلاق هو رد ما يكون مصداقاً للكلى و مما ينطبق عليه الثمن و من الواضح أن صدق هذا المعنى بالنسبة الى المأخوذ و الى بدله سيان فان كليهما ليس بثمن حقيقة و ان كليهما مما ينطبق عليه الثمن الكلى فدعوى انصرافه الى المأخوذ و بدله يحتاج الى عناية زائدة وهى منتفية كما هو واضح الا اذا اشترطا رد خصوص المأخوذ الشخصى و هو خارج عن الفرض .

وعليه فالاطلاق هنا متعاكسى مع الاطلاق فى صورة كون الثمن شخصياً فان الاطلاق هنا كما عرفت منصرفة الى رد خصوص نفس الثمن و لكنه فى المقام يعم المأخوذ و بدله على حسب القاعدة من غير

احتياج الى دعوى الغلبة أصلاً كما كان كذلك فى السابق ٠

قوله الامر الثالث قيل ظاهر الاصحاب الخ أقول : قد ذكر أن ظاهر الاصحاب على ما تقدم من أن رد الثمن فى هذا البيع عندهم مقدمة لفسخ البايع أنه لا يكفى مجرّد الرّد فى الفسخ و عللوا ذلك ايضا بان الرّد من حيث هو لا يدل على الفسخ أصلا و ذكر المصنف أن هذا حسن مع عدم الدلالة أما مع فرض الدلالة عرفا بكون رد الثمن تمليكا للمشترى و اخذا للمبيع على وجه المعاطات فلا وجه لعدم الكفاية مع تصريحهم بتحقق الفسخ فيما هو أخفى من ذلك دلالة ٠

أقول قد يقال أن الوجه فى قولهم هذا هو اشتراط كون الفسخ بلفظ كما اشترطوا ذلك فى العقود و ايقاعات و من الواضح أنهم لم يشترطوا فى الفسخ ذلك بل اكتفوا بمطلق ما يكفى فيه اظهار الفسخ ولو كان برد الثمن بل بما هو اخفى منه كما ذكره المصنف ٠

و ذكر شيخنا الاستاذ أن رد الثمن مقدمة للخيار أو للفسخ أو للاقالة فيجب بعده انشاء الفسخ أو اعمال الخيار أو الاقالة بغير هذا الرّد الذى به يتحقق ملك الخيار أو الفسخ أو الاقالة ٠

و فيه أن رد الثمن ان كان بعنوان التمليك أى تمليكه للمشترى ليأخذ المبيع لا تمليكاً مجانياً فلاشبهة فى تحقق الفسخ بذلك وكونه مبرزاً للفسخ فلايكون الرّد مقدمة للخيار أو الفسخ بل يكون الفسخ بنفس الرّد بل بما هو أخفى منه كما ذكره المصنف وغيره ٠

و ان كان بعنوان أن يبقى فى ملكه و لكن يكون عند المشترى وديعة أو عارية على نحو الوثيقة العرفية ليطئمن بأنه يرد الثمن بعدما فسخ العقد فلاشبهة حينئذ أن كون ما عند المشترى بدلاً عما بذله

للبايع يحتاج الى مراضاة و معاملة جديدة كما عرفت و هو خلاف الظاهر و خلاف المرتكز العرفى و بدون ذلك فلكل منهما مطالبة حقه من الأخر و بعبارة أخرى أن ما رده البايع الى المشترى اما بعنوان التمليك أو بعنوان العارية يبقى فى ملك البايع أو مجهول المالك فلا سبيل الى غير الشق الاول و قد عرفت أنه عين الفسخ كما هو واضح ٠

قوله الامر الرابع يسقط هذا الخيار باسقاط أقول ذكروا أن من جملة مسقطات هذا الخيار هو الاسقاط و لا شبهة فى سقوطه بالاسقاط و لكن مقتضى ما ذكره العلّامة فى التذكرة من أنه لا يجوز اسقاط خيارى الحيوان و الشرط بعد العقد بناء على أن مبدء خيارى الحيوان و الشرط بعد انقضاء المجلس لا بعد العقد فان ذلك اسقاط لما لم يجب فانه عليه لا يجوز اسقاط هذا الخيار أيضاً بناءً على أنه انّما يثبت بعد رد الثمن أو برده كما هو واضح ٠

و قد أجاب عنه المصنف بأنه بناءً على عدم جواز اسقاط ما لم يجب بأنه فرق بين المقام و بين ما فى التذكرة من أن المشروط له هنا متمكن من الفسخ ولو بايجاد سببه حيث ان له أن يعطى الثمن و يفسخ و لكن الامر ليس كذلك فى خيارى الحيوان و الشرط بناءً على كون مبدئهما بعد انقضاء المجلس ٠

و لكن يرد عليه وجهان : الاول : أن الدليل أخص من المدعى فانه قد لا يكون المشروط له متمكناً من الرّد فلا يكون ما ذكره المصنف جاريا هنا و ثانياً : أن المتمكن من ايجاد الخيار برد ثمنه لا يثبت الحق الفعلى له ليسقطه حتى يخرج عن اسقاط ما لم يجب بل هو باق بعد على تقديرته ٠

والتحقيق أنه لا دليل لفظى على عدم جواز اسقاط مالم يجب غير أنه ذكره جمع من الفقهاء بل فى بعض الموارد لا يساعده العرف أيضاً كما اذا اسقط خياره المجلس قبل البيع مثلاً ٠

وعليه ففى كل مورد قامت السيرة على عدم الجواز نأخذ به وفى غيره لا بأس من الالتزام بجواز اسقاط ما لم يجب كما هو واضح اذ لا يلزم منه محذور عقلى ولا شرعى أصلاً٠

ثم انه يسقط هذا الخيار بانقضاء المدة مع عدم رد الثمن أو بدله مع الشرط فانه لا شبهة فى سقوط هذا الخيار حينئذ لانه بعد خروج المدة لا مورد للخيار بل هو رضا بالبيع كما فى خيارى المجلس والحيوان

ثم انه اذا ردّ البايع الثمن فتبين بعد انقضاء المدة أن المردود من غير جنس الثمن الذى أخذه فلا شبهة فى عدم تأثير الفسخ حينئذ حتى لو كان ردّ غير الجنس غفلة فان ما رده غير ما اشترط الخيار برده وما اشترط الخيار برده لم يرد الى المشترى فلا يكون فسخه برد غير الجنس مؤثراً فى الفسخ وليس له حق الفسخ بعد ذلك ولو رد عين الثمن أيضاً لانقضاء المدة كما هو المفروض ٠

ثم انه اذا ظهر الثمن المردود معيباً فهل يكون الفسخ مؤثرا حينئذ أم لا والظاهر أن تأثير الفسخ حينئذ وعدم تأثيره منبى على ما ذكر فى بيع الكلى من انصراف الثمن أو المثمن الى العوضين الصحيحين اى فيما اذا كان كل من الثمن أو المثمن كلياً فانه لو أعطى كل منهما الآخر عيناً شخصية معيبة بعنوان الثمن أو المثمن فهل يحسب هذا ثمنا أو مثمناً بحيث ليس للبايع مطالبة ذلك لو رضى به المشترى أو لا يكون ذلك من الثمن أو المثمن فى شئ بل لكل منهما مطالبة ماله من

الأخر غاية الامر لو رضيا يكون المعيب بدلاً عن الثمن أو المثمن فانما هو بمعاملة جديدة ٠

و الظاهر أنه لا شبهة فى انصراف العوضين فى البيع الكلى الى الصحيح و مع ذلك لو رضى كل منهما بالمعيب يكفى عن العوض الصحيح من غير احتياج الى المبادلة الجديدة و توضيح ذلك أنه اذا باع أحد داره بالثمن الكلى فانه يكون ذلك منصرفاً بحسب الشرط الضمنى الى الثمن الصحيح فاذا طبقه المشترى فى مقام الاعطاء و الاقباض بثمن معيب فللبايع استبداله بثمن آخر صحيح وله اسقاط وصف الصحة أيضاً و الرضا بالمعيب و ليس للبايع مطالبة هذا المعيب بدعوى أنه ليس بثمن كما كان له ذلك اذا ظهر من غير جنسه و الوجه فيه ان المعيب حقيقة مصداق لكلى الثمن غاية الأمر قد فقد وصفا من الاوصاف المعتبرة فيه ٠

و بعبارة أخرى أن هنا معاملتان احدهما بيع المتاع المعين أو الكلى بثمن كلّى و هذا قد تم بالايجاب و القبول ولا شبهة فى انصراف الثمن فى هذه المعاملة الى الثمن الصحيح بحسب الشرط الضمنى الارتكازى ٠

ثم ان الثمن بعد ما كان كليّاً فيحتاج تطبيقه على أيّ فرد من أفراد ذلك الى معاملة و مراضات جديدة حيث ان ما انطبق عليه الكلى ليس بثمن واقعاً بل الثمن هو الكلى فتطبيقه على أى فرد يحتاج الى المراضاة فاذا طبقوه بفرد فظهر معيباً فللبايع فقط هنا استبدال لانه انما رضى بتطبيقه على هذا الفرد بشرط كونه صحيحاً فاذا تخلف فله هدم هذه المعاملة الثانية و مطالبة الثمن الصحيح و تطبيق الكلى

علی غیره ثانیاً و هکذا و له أیضاً اسقاط هذا الشرط و القید الذی اعتبره فی الثمن من الصحة و لیس للبایع دعوی مطالبته کما کان له ذلك عند ظهوره بغیر جنسه و للمشتری مطالبة ثمنه و کان جعل غیر الجنس عوضاً عنه محتاجاً الی معاملة جدیدة بخلافه اذا ظهر معیباً کما لا یخفی .

و لکن هذا الکلام لا یجری فی المقام أعنی ما اذا کان الخیار مشروطاً برد الثمن أو الفسخ کان مشروطاً برده و ان قلنا أن مرجعهما عند التحقیق الی شئ واحد و ان کان الثمن منصرفاً الی الفرد الصحیح و توضیح ذلك أنه بعد البناء علی انصراف الثمن الی الثمن الکلی لا یجری هنا ما ذکرناه فی البیع الکلی فانك قد عرفت أن الثمن قابل الانطباق علی الصحیح و المعیب فی بیع الکلی غایة الأمر قد اعتبر بحسب الارتکاز و الشرط الضمنی فی الثمن الکلی قید و هو وصف الصحة فاذا تخلف فللبایع استبداله و الرضا به بأن یرفع الید عن القید المعتبر فی الثمن.

و لکنه لا یجری فی المقام فان هنا قد ترتب شرط الخیار علی رد الثمن و اشترط البایع علی المشتری أنی متی رددت الثمن أو بدله مثلاً فلی الخیار أو ینفسخ العقد فاذا انصرف الثمن أو بدله الی الصحیح فمعناه أنه متی رددت الثمن الصحیح أو بدله الصحیح فلی الخیار فکانه قد صرح بذلك فانه حینئذ یکون رد غیر الصحیح خارجا عن حدود الشرط فکأنه قد رد غیر الجنس من الثمن فهل یتوهم أحد أنه مع التصریح برد الثمن الصحیح لورد الثمن المعیب یفسخ فکك اذا لم یصرح بذلك فینصرف الثمن الکلی الی الثمن الصحیح کما لا یخفی .

و بالجملة أن انصراف الثمن الی الصحیح و ان کان صحیحاً فی

بيع الكلى و فى المقام و لكن المقام من حيث ظهور الثمن المردود الى المشتري معيباً كظهوره من غير جنسه فيكون باطلاً فلا يقاس بالكلى كما عرفت ٠

نعم اذا رضى المشتري بهذا المعيب بمعاملة جديدة عن عوض ثمنه الصحيح ورد المبيع الى البايع فيكون ذلك اقالة للبيع و فسخاً له بغير عنوان رد الثمن و هذا واضح جداً ٠

قوله و يسقط أيضاً بالتّصرف فى الثمن المعيّن مع اشتراط ردّ العين أقول المعروف بين الاصحاب سقوط الخيار بالتصرف فى الثمن هنا و فى المثمن فى خيار الحيوان و فى العوضين فى خيار المجلس سواء كان الثمن شخصيّاً أو كليّاً و لكن اشترط رد عين هذا المأخوذ و ذلك لاطلاق ما دل على أن تصرف ذى الخيار فيما انتقل اليه رضى بالعقد و لاخيار و قد عمل الاصحاب بذلك فى غير مورد النص كخيارى المجلس و الشرط و المحكى عن المحقق الاردبيلى وصاحب الكفاية اى سبزوارى أن الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف فى الثمن ، لان المدار فى هذا الخيار عليه لانه شرع لانتفاع البايع بالثمن فلو سقط الخيار سقط الفائدة و للموثق المتقدم المفروض فى مورده تصرف البايع فى الثمن و بيع الدار لاجل ذلك ٠

و أشكل عليه السيد بحر العلوم صاحب المصابيح بأن ذهاب المشهور الى مسقطية التصرّف انّما هو فى التصرّفات التى فى زمن الخيار دون غيره و من الواضح أن التصرف قبل الرد ليس تصرفاً فى زمان الخيار لان الخيار انما هو بعد الرد كما هو واضح فلا تكون التصرفات قبل الرد تصرفاً مسقطاً و بعبارة اخرى أن صاحب المصابيح تسلم كلام

الاردبيلى من حيث النتيجة أعنى عدم سقوط الخيار بالتصرف قبل الرد ولكن الاردبيلى التزم بالعدم تخصيصاً والسيّد التزم بعدم ثبوته تخصصاً .

وقد أشكل صاحب الجواهر على السيّد بوجوه :

الاوّل : أن لازم كون الخيار بعد الرّد يقتضى أن يكون مبدء الخيار مجهولة اذ لا يعلم تحقق الرد فى أى زمان .

الثانى : أن المتفاهم من العرف كون الخيار من الاول فانهم يفهومون فى مثل ذلك ثبوت الخيار من زمان العقد .

الثالث : أن الظاهر من تضعيف كثير من الاصحاب قول الشيخ الطوسى بتوقف الملك على انقضاء الخيار بأن الظاهر من بعض الاخبار المتقدمة أن غلة المبيع للمشترى كون مجموع المدة زمان الخيار .

وقد ناقش المصنف فى جميع ذلك أما ما ذهب اليه الاردبيلى من عدم كون التصرّف قبل الردّ مسقطا بأنه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المستحب فى غير مورد النص عليه باتفاق الاصحاب .

وأما ما ذكره من كون بناء هذا العقد على التصرّف فلأن الغالب المتعارف هو البيع بالثمن الكلى بحيث يكون ما دفع المشترى الى البايع ممّا انطبق عليه الكلى لا ثمنا واقعيّا و قامت القرينة الحالية أيضا أن رد مثل الثمن يكفى فى تحقق الشرط أعنى رد الثمن ولذا قوينا حمل الاطلاق فى هذه الصورة على ما يعم البدل

و عليه فلا يكون التصرّف فى عين الثمن المدفوع موجبا لسقوط الخيار و دليلا على الرضا بالعقد نعم لو كان الثمن شخصيّا أو كان كليّا و لكن اشترط المشترى على البايع ردّ عين المأخوذ لكان لهذا الكلام مجالا واسعا : وكيف كان فلا منافات بين فسخ العقد وصحة هذا التصرف و استمراره و هو مورد الموثق المتقدم أو منصرف اطلاقه أو من جهة تواطى المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف أيضا أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرّد التّصرّف لانه ليس مسقطا تعبديا بل لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد ٠

و أما ما ذكره صاحب المصابيح من كون التصرفات قبل الرّد خارجا عن عنوان التصرف المسقط تخصصا يرد عليه أنه لا شبهة أن الاسقاط القولى قبل الرد مسقط لهذا الخيار و كذلك لا شبهة أن التصرف يسقط الخيار كالقول و عليه فنكشف من ذلك أن الخيار ثابت قبل الرّد و لا شبهة أن الظاهر من كون القول مسقطا هو المسقط الفعلى فيكون التصرف مثله ٠

و بالجملة أن الظاهر كون التصرف مسقطاً فعليّاً فى كل زمان يكون القول مسقطاً بحيث أن القول مسقط فعلى قبل الرد فيكون التصرف أيضاً كذلك و ان ذكر المصنف أنه يصح اسقاط الخيار الثابت بعد الرد اذا كان ذى الخيار متمكنا من اثباته برد الثمن وعدمه و لكنه خلاف الظاهر فان الظاهر من الاسقاط هو الاسقاط الفعلى ٠

وأما ما ذكره صاحب الجواهر من المناقشة فى كون الخيار مجهولاً لو كان مبدئه بعد الرد و فيه أنها لا تقدح مع تجديد زمان

التسلط على الرد و الفسخ بعد انشائه و فرق واضح بين المقام الذى اختياره من حيث الرد وعدمه ليكون له الخيار و بين ما ذكره فى التذكرة من أنه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق اذا جعلنا مبدئه عند الاطلاق من حين العقد و وجه الفرق أن التصرّف هناك ليس فى اختيار أحدهما فانه اذا اراد التفرق يتبعه الآخر بخلافه فى المقام فلا تكون هنا جهالة تضر بالعقد ·

و قد تقدم منا أنه ليس هنا جهالة أصلاً غاية الامر لا يعلم سبب الخيار و قلنا أيضاً أن جهالة الشرط لا تضرّ بالعقد بعد عدم وجود الخطر هنا اذ يرجع مع الفسخ أيضاً مال كل من المتعاملين الى صاحبه ·

و أما ما ذكره من فهم العرف و حكمهم بكون الخيار من الاول و قبل الرد ففيه أن زمان الخيار اما بجعل الشارع أو بجعل المتعاقدين ففى المقام هو الثانى و من الواضح أن المتعاقدين شاكان فى ثبوته قبل الرد فكيف يفهم العرف من ذلك ثبوته من الاول ·

و أما ما ذكره بعض الاصحاب فى ردّ الشيخ من بعض أخبار المسئلة فلعلهم فهموا من مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقا حتى المنفصل كما لا يبعد عن اطلاق كلامه و اطلاق ما استدل به من الاخبار ·

و ما أفاده المصنف متين جداً و لكن لنا كلام فى أصل مسقطية التصرف كما تقدم فى خيار المجلس و أى اطلاق دل على ذلك حتى يقول المصنف و اطلاقات أدلة مسقطية التصرف يقتضى سقوطه بالتصرف مطلقا غير أن التصرف انما يكون مسقطاً اذا كان مصداقاً للاسقاط أو

موجباً للحدث وقد ثبت فى غير هذين الموردين سقوطه بالتقبيل و اللمس بدليل الحاكم وفى غير ذلك فلا دليل عليه فيتمسّك بعموم أدلّة الشّروط كما لا يخفى .

و بعبارة اخرى أن هنا تصرّفات ثلث الاوّل ما يكون نفسه مصداقاً للاسقاط و هذا لا شبهة فيه الثّانى :: أن يكون موجباً لاحداث الحدث حقيقة أو نازلاً بمنزلته بدليل الحاكم كالتقبيل و نحوه الثالث ما لا يكون كذلك أما القسم الاول فلا اشكال فى كونه مسقطاً للخيار فى جميع الموارد و أما الثّانى فهو و ان كان يوجب سقوطه و لكنّه امر تعبّدى يقتصر به فى خيار الحيوان فقط و أما فى المقام فلو اشترى جارية و شرط أن يردها متى شاء (فان بيع الخيار ليس مخصوصا بالبايع فقط) فتصرّف فيها بما شاء من غير أن يكون التّصرف مصداقاً للتّصرّف بل مع العلم بأنه يردها حتى قبلها و لمسها فانّه لا دليل على كون التّصرف مسقطاً هنا و أما القسم الثالث فلا دليل على كونه مسقطاً للخيار لا فى المقام و لا فى غير هذا المقام اعنى بيع الحيوان و كيف كان فلا دليل على مسقطية التّصرف بوجه كما هو واضح .

قوله الامر الخامس لو تلف المبيع كان من المشترى سواء كان قبل الرّد أو بعده أقول مقتضى القاعدة الاولية أن تلف مال كل احد عليه و لا يحسب على غيره و هذا ممّا عليه السّيرة القطعيّة وقد ذكر ذلك فى بعض الرّوايات المذكورة فى احكام الخيار و سيأتى من أنه سئل (ع) من أنه اذا تلف المبيع ممّن يكون قال (ع) ان نفعه على من قال من المالك فقال (ع) فهو على مالكه وكيف كان فهذه القاعدة لا شبهة فيها .

وقد ورد عليها مخصّصان: الاوّل أن التلف قبل القبض من مال البايع مع انه من ملك المشترى ويحمل أن يكون هذا مورد السّيرة أيضاً .

والثانى أن التلف فى زمن الخيار ممّن لاخيار له وهذا لم تقم عليه السيرة بل هو صرف التعبد فانه مع قطع النّظر عن التعبد لم يكن معنى لأن يحسب تلف مال زيد مع كونه عنده من زيد ولا يساعده فهم العرفى أصلاً فضلاً عن قيام السيرة عليه ولكن التعبد يقتضى ذلك .

ثمّ انه لامعنى لكون التلف محسوباً على البايع قبل القبض أو على من لاخيار له الا أن يفرض كما له فكما أن ماله اذا تلف عنده يذهب هدراً وكذلك تلف المبيع قبل القبض أو فى زمين الخيار ولا يعقل ذلك الا بانفساخ العقد بأن يحكم قبل التلف بدخوله فى ملكه أناماً ويتلف ويرجع الثمن الى المشترى أيضاً كما هو قانون الانفساخ لا أن معنى كون التلف على البايع أومن لاخيار له ان يضمن مثل العين فيجب عليه رد مثله فانه لولم نحكم بالانفساخ لكان ضامناً بالمثل مع انه لم يقل به احد كما هو واضح .

والوجه فى ذلك أنه فرض فى الرواية أن التلف فى زمن الخيار من مال من لاخيار له فانه لايعقل أن يكون التالف من ماله الا بالالتزام بانفساخ العقد والا نحكم بالضمان بالمثل كما عرفت .

اذا عرفت ذلك فنقول فى المقام أنه اذا باع شخص داره بشرط أن يكون له الخيار متى رد الثمن فتلف الثمن أو المبيع فهل يحسب ممن لاخيار له أم لا فيقع الكلام فى مقامين الاوّل فيما اذاتلف المبيع

فهل هو من المشترى اذ لاخيار له أو من البايع فنقول انه لاشبهة فى كون التلف من المشترى ولكن لامن جهة القاعدة المذكورة من أن كل تلف فى زمن الخيار ممّن لاخيار له الّتى تثبت على خلاف القاعدة وكونها مخصّصة للقاعدة الاولية من أن تلف مال كل أحد على مالكه وذلك لأن كون تلف مال شخص على شخص آخر مخالف لهذه القاعدة الاولية كما قلنا بأن التّلف فى زمن الخيار ممّن لاخيار له كما اذا تلف الحيوان عند المشترى فى ضمن ثلثة أيام فان مقتض التعبد حكم بكونه على البايع مع أن الحيوان ملك للمشترى وكانت القاعدة الاولية تقتضى كون التلف من المشترى وكذلك التلف قبل القبض.

وأما فى المقام وان كان التلف فى زمن الخيار ولكن قد تلف مال المشترى عند نفسه فكونه على نفسه موافق للقاعدة الاولية لامخالف لها وعليه فلاوجه للانفساخ هنا كما قلنا بالانفساخ فى الموردين الاولين وعلى الجملة فكون تلف مال كل شخص على نفسه ليس أمراً مخالفاً للقاعدة بل موافق لها كما عرفت فتلف المبيع عند المشترى تلف من ماله فيكون من ماله على ما تقتضيه القاعدة .

وعليه فلا يمكن الحكم بانفساخ العقد من هذه الجهة ليكون ضمان المبيع على المشترى .

وهل فى هذه الصورة يبقى خيار البايع على حاله بحيث له أن يفسخ العقد ويسترد مثل المبيع أم لا وقد يقال انه لاخيار له من جهة أن غرضه قد تعلق باسترداد العين واذا تلف ينتفى هذا الغرض فلا وجه لثبوت الخيار له حينئذ .

وفيه أن هذا الكلام وان كان صحيحاً حيث تعلق غرض البايع

بحفظ العين ولكن لايلزم من ذلك سقوط خياره أيضاً اذ قد عرفت فى أوّل الخيارات أن الخيار ليس متعلقه رد العين بل انّما متعلّقه العقد نعم انّما جعل له الخيار مشروطاً ببقاء العين بحيث أن العين متعلق أمد الخيار وقد اشترط البايع عدم اتلافه ووجوب بقائه ومع هذا الشرط فقد اشترط لنفسه الخيار بعد رد الثمن وقد تعلق الغرض بحفظ العين على هذا النحو وبلحاظ أن الخيار مقيد ببقائها والحاصل قد اشترط بقاء العين لشرط الخيار وهذا لاينافى بمالية العين بل كما تعلق غرضه بحفظ العين وكذلك تعلق غرضه بحفظ المالية ايضا وانّما باعه بأقل من ثمن المثل لاجل جعل الخيار اذ لايرغب المشترى اشتراءه بثمن المثل مع جعل الخيار للبايع ولوكان البايع قد اغمض نظره عن مالية العين لكان باعه فى السوق بثمن المثل وانما اقدامه على البيع باقل من ثمن المثل من جهة أن تبقى العين له مع هذه المالية والا ليست الخصوصيات العينية الغير الدخيلة فى المالية موردةً للرغبة غالباً وعليه فيبقى خيار البايع على حاله .

ومن جميع ذلك ظهر حكم الجهة الثانية أيضا من أنه ليس للمشترى أن يتلف العين بل لابدّ له من ابقائه فان البايع اشترط له ذلك ولو بالشرط الضمنى وعليه فاذا تخلف واتلف فهل فعل فعلاً محرماً فقط لمخالفية الحكم التكليفى كما هو المختار عندنا أو خالف الحكم الوضعى كما ذهب اليه شيخنا الاستاذ وسيأتى الكلام فى ذلك فى احكام الخيار انشاء اللّه تعالى .

وأما اذا كان التالف هو الثمن فهل يكون ذلك على البايع او

على المشترى وقد يفرض الكلام بعد رد الثمن الى المشترى و أخرى قبل رده ·

ولابدّ وان يعلم قبل ذلك أن الثمن أو المثمن اذا كان كلياً فتلف هو خارج عن موضوع بحثنا فان كلامنا فيما يكون التالف هوالمبيع أو الثمن و نتكلّم فى أنه من البايع أو المشترى أى ممّن لاخيار له أم لاومن الواضح أن هذا انّما يجرى فيما كان التالف هو المبيع أو الثمن لا غير والا يلزم أن يكون تلف مال آخر لاحد المتبايعين الذى له خيار من صاحبه الّذى لاخيار له و بديهى أن المدفوع الى المشترى اذا كان المبيع كليّاً أو المدفوع الى البايع اذا كان الثمن كليّاً ليس مبيعاً و ثمناً فان المبيع والثمن ما جرى عليه العقد وأن تلف ما جرى عليه العقد ممّن لاخيار له وهذان الفردان لم يجرعليهما العقد بل العقد انّما جرى على الكلى والمدفوع مصداق له فمع تلفه يبقى الثمن أو المثمن على حالهما أيضاً اذاً فالكلى خارج عن المقام ·

(واما اذا كان شخصياً وكان التلف بعد الرّد) انتهى الكلام الى أن التلف فى زمن هذا الخيار من البايع أو المشترى وقد عرفت أن كون تلف المبيع من مال المشترى حكم على طبق القاعدة و لا يحتاج الى التمسّك بأن التلف فى زمن الخيار ممّن لاخيار له وأمّا ثبوت الخيار للبايع حينئذ فقد عرفت كما تقدم ·

وأما لوكان التالف هو الثّمن فتارة نفرضه كليّاً وأخرى شخصياً أما اذا كان كليّاً فلا شبهة فى خروجه عن مورد الكلام فان مايدفع الى البايع من العين عوضاً عن الثمن ليس هونفس الثمن بل هو ما ينطبق عليه الثمن الكلى ولافرق بين هذا و بين ما يرده البايع بدلاً عن ذلك

فان كلاً منهما ممّا ينطبق عليه الكلّى كما لا يخفى ·

و أما اذا كان الثمن شخصيّاً فتارة يكون التلف قبل رده الى المشترى و أخرى بعد رده و أما اذا كان التلف بعد رده فان كان الرّد بعنوان الفسخ فلا شبهة فى انفساخ العقد وعليه فلا يبقى مجال للبحث عن أنه من مال البايع أو من مال المشترى اذ لا موضوع حينئذ للخيار أصلاً فهذا خارج أيضاً عن موضوع البحث و اما اذا كان الرّد لا بعنوان الفسخ بل بعنوان الوديعة أو نحوها ليفسخ بعد ذلك و تلف الثمن عند المشترى فيقع الكلام حينئذ فى أن تلفه من البايع أوالمشترى فمقتضى القاعدة الاولية تقتضى كونه من البايع لكونه مالكاً له و تلف مال كل مالك عليه و مقتضى العمل بقاعدة أن التلف فى زمن الخيار ممّن لاخيار له أن يكون من المشترى فانّه لاخيار له فى هذا الزمان بل الخيار للبايع و تنقيح المقام أن يقال أنه لم يرد نص بالخصوص بلفظ أن التلف أو كل مبيع تلف فى زمن الخيار فهو ممّن لاخيار له و لا انّه ورد نص بهذا المضمون بل ورد هنا روايتان تدلان على كون تلف المبيع من مال من لاخيار له فى الموردين الخاصين ·

الاولى ما فى الصحيحة المتقدمة فى خيار الحيوان من أنه اذا تلف الحيوان فى ضمن ثلثة أيام فهو من مال البايع الذى لا خيار له و الثّانية فى خيار الشّرط و هى صحيحة ابن سنان من أن التلف فى زمن خيار الشرط من مال من لاخيار له و الحقوا بذلك خيار المجلس أيضاً لاستفادة العموم من اخبار الخيار فان ذيل بعضها حتّى ينقضى الشّرط و قد استفاد ذلك العموم المصنّف من تلك الاخبار و يأتى فى احكام الخيار ·

وأما اذا كان التالف هو الثمن فلا دليل يدلّ على كون التلف ممّن لاخيار له بحيث ينفسخ العقد بذلك كما عرفت سابقاً من أن كون تلف مال أحد من الآخر بقانون أن التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له يوجب انفساخ العقد اذ لايعقل أن يكون تلف مال أحد من شخص آخر بدون انفساخ العقد فيكون حكم الشارع بكون التلف ممّن لاخيار له حكماً بانفساخ العقد كما لايخفى ٠

وعلى الجملة لادليل على كون تلف الثمن فى زمن الخيار من مال من لاخيار له ليكون ذلك تخصيصاً للقاعدة الاولية وحكما بانفساخ العقد كما لايخفى ٠

ثمّ انه استظهر صاحب الجواهر من رواية (١)معاوية ابن ميسرة أن التلف من المالك ولايكون ذلك لمن لاخيار له فيكون تلف الثمن من البايع المالك بالثمن عند التلف فتدل الرواية على أن تلف الثمن حينئذ من البايع وان كان له خيار٠ وقد منع المصنف عن ذلك الاستظهار وحكم بعدم ظهور رواية معاوية ابن ميسرة فى ما ذكر صاحب الجواهر وهوكذلك لانا بعد التأمل لم نفهم وجه الاستظهار وذلك لان رواية معاوية بن ميسرة كما تقدم اشتمل على حكمين أحدهما أن رجلاً باع داراً من رجل ، وكان بينه وبين الرّجل الّذى اشترى منه الدّار حاصر فشرط انك ان اتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدّار دارك فأتاه بماله ، قال(ع) : له شرطه ، قال ابو الجارود : فان ذلك الرّجل قد اصاب فى ذلك المال فى ثلاث سنين ، قال : هو ماله وقال ابوعبدالله عليه السّلام أرايت لوأن الدّار احترقت من مال من كانت تكون الدّار

١ـ وسائل ج ١٢ ص ٣٥٥ باب ٨ حدّ ٣ ٠

دار المشترى ٠

ولاشبهة انه لااشعار فيها على كون التلف من المالك فى زمان الخيار أما لزوم الوفاء بالشرط الذى كان فى العقد فهو على طبق القواعد المتصيدة من لزوم الوفاء بالشرط وأما كون منفعة الثمن للبايع فهو ايضاً موافق للقاعدة فان منفعة مال كل أحد له ومن الواضح أن الثمن ملك للبايع كما هو واضح وكذلك كون تلف الدار من المشترى أيضاً موافق للقاعدة فانّك قد عرفت أن تلف مال كل أحد على نفسه الّا اذا ثبت نصّ خاص على خلافه كما فى تلف المبيع فى زمن الخيار فانّك قد عرفت كونه ممّن لا خيار له بدليل خاص ويكون العقد منفسخا كما لا يخفى ٠

وعلى الجملة فلا اشعار فى شئ من الاحكام المزبورة بكون التلف فى زمن الخيار من المالك كما استظهره صاحب الجواهر، ولذا ذكر المصنّف أنه ليس فى الرّواية الا أن نماء الثمن للبايع وتلف المبيع من المشترى وهما اجماعيان حتى فى مورد كون التلف ممّن لاخيار له فلا حاجة لهما الى تلك الرّواية أى الرّواية اشتملت على هذين الحكمين كما ذكرناه فشئ منهما لامساس بما ذكره صاحب الجواهر ٠ فان ما اشتمل عليه الرّواية حكم موافق للقاعدة الاولية كما ذكره المصنّف فلا يحتاج الى الرّواية ٠ فلا تكون الرّواية مخالفة للقاعدة نعم يمكن ان يكون نظر صاحب الجواهر على ما ذكره المصنّف الى قاعدة الخراج بالضّمان بدعوى أن منافع الثّمن ملك للبايع فيكون ضمانه عليه اقول ان هذه القاعدة ليس له اساس صحيح بل هى مذكورة فى النبوى الضعيف المنقول من طرق العامّة وقد عملوا بها حتى أن أبا حنيفه

عممتها الى موارد الغصب وقال ان منفعته للغاصب لكون الضمان عليه وقد وقع النكير عليه فى صحيحة آبى ولاد فى كراء البغل الى قصربنى هبيرة و مخالفته ذلك وركوبه الى بغداد فلا يمكن العمل بهذه القاعدة .

نعم لوكان معنى القاعدة هو أن منفعة مال كل مالك كما هو مقتض القاعدة وكذلك تلفه أيضاً عليه اذ لا معنى لكون تلف مال شخص على شخص آخر وقد عرفت أن هذا حكم موافق للقاعدة فلا يحتاج الى هذه القاعدة و فى المقام نحكم بكون تلف الثمن من البايع لكونه مالكاً له و منفعته له فيكون غرامته أيضاً عليه .

وعلى هذا لوكانت تلك القاعدة أى قاعدة كل التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له ثابتاً فى جميع موارد تلف المبيع و الثمن لكان تخصيصاً لقاعدة الخراج بالضمان على المعنى الذى ذكرناه لورودها فى مورد قاعدة الخراج بالضّمان و لكن قد عرفت أنه لا دليل على كلية تلك القاعدة فى جميع موارد تلف المبيع فضلا عن الثمن بل هى مختصه بموردين بحسب النّص اعنى مورد خيار الحيوان و مورد خيار الشّرط و تفصيل الكلام فى احكام الخيار فتحصل أنه لا يكون تلف الثمن من المشترى بل من البايع ولو قلنا بكون تلف المبيع فى زمن الخيار من المشترى اذ لا دليل على التّعدى و الحكم بكون تلف مال الغير على شخص آخر كما لا يخفى .

و ان كان التلف قبل الرّد فيجرى فيه جميع ما ذكرناه فى صورة كون التلف بعد الرّد ولكن فى المورد خصوصية و هو أن التلف قبل الرّد لا يحسب الا من البايع بناءً على عدم ثبوت الخيار قبل الرّد و

اشكل عليه المصنّف أولا بمنع المبنى فانه لانسلم كون الخيار بعد الرّد بل يكون قبل الرّد كما تقدّم فى جواب صاحب المصابيح ثمّ اشكل بمنع البناء بدعوى أن دليل ضمان من لاخيارله مال صاحبه هو تزلزل البيع سواء كان بخيار متصل أو منفصل كما يقتضيه اخبار تلك المسئلة فان فى ذيل بعضها حتى ينقضى وهو يجرى فى خيار المنفصل فلا وجه لبناء المسئلة على كون الخيار بعد الرّد و سيأتى الكلام فى جميع ذلك ٠

ثمّ ان المصنف اشار الى ثمرة البحث وحاصله انه بناءً على كون تلف الثمن من المشترى انفسخ العقد وان قلنا بكونه من البايع وان كان الشرط اعمّ من رد عين المأخوذ أو بدله فيرد البايع مثل الثمن و يرتجع العين المبيعة و الا فلا خيار فلزم البيع كماهو واضح ٠

قوله الامر السّادس لااشكال فى القدرة على الفسخ أقول لا اشكال فى انه اذا باع عمرو متاعاً من زيد واشترط عليه أن يكون لهالخيار متى ردّ الثّمن الى شخص المشترى فلابدّ من ردّه الى شخصه و الّا فلا يثبت له الخيار بردّه الى غيره و اذا اشترط ردّه الى اعمّ منه و من وكيله أو الحاكم أو شخص آخر فيتبع شرطه وعلى كل حال فهذا الخيار خيار جعلى فيتبع الشرط فاذا حصل فيكون له الخيار و الا فلا خيار له كما لا يخفى ٠

وانّما الكلام فى صورة اطلاق الشّرط بأن جعل لنفسه الخيار مع رد الثمن فهل تختص ردّه الى شخص المشترى أو يكفى ردّه الى وكيله أيضاً أو الى الحاكم كما اذا كان المشترى غائباً أومريضا أومجنونا و ذكر المصنّف فى حصول الشرط بردّه الى الحاكم كما اختاره المحقق

القمى فى بعض أجوبة مسائله وعدمه كما اختاره سيّد مشائخنا فى مناهله قولان ·

وظهر من صاحب الحدائق على ما ذكره المصنف الاتفاق على عدم لزوم رد الثمن الى المشترى مع غيبته حيث انّه وقع الخلاف فى أنّه هل يعتبر فى فسخ العقد حضور المفسوخ عليه أو الاشهاد عليه أم لا فذهب العامة وبعض الشيعة الى اعتبار حضور المفسوخ عليه أو الاشهاد على الفسخ والمشهور من علمائنا الى عدمه وبعد ما ذكر صاحب الحدائق ذلك قال : ان ظاهر الرّواية اعتبار حضور المشترى ليفسخ البايع بعد دفع الثمن اليه فما ذكروه من جواز الفسخ مع عدم حضور المشترى وجعل الثمن أمانة الى أن يجئ المشترى وان كان ظاهرهم الاتفاق عليه الا انه بعيد عن مساق الاخبار المذكورة ·

وهذا الكلام عجيب من صاحب الحدائق كما يظهر الاستصحاب منه من المصنّف أيضاً وذلك لان هنا مسألتان احديهما مسئلة حضور المفسوخ عليه عند الفسخ أو الاشهاد عليه بل بعض من اعتبرهنا حضور المفسوخ عليه أو الاشهاد على الفسخ حكم بعدم نفوذ الفسخ بغيرذلك نظير الطلاق الّذى لاينفذ بدون حضور العدلين ومع عدم الاعتبار يفسخ فى عالم نفسه وفى مرحلة الاثبات يحتاج الى التّرافع وعلى كل حال ليس هنا من مسئلة رد الثمن عين ولا اثر حتى لوكان الفسخ بنفس الرّد فان اعتبار حضور المشترى وردّه اليه ليس من جهة اعتبار حضور المشترى فى الفسخ بل من جهة اعتبار ردّه اليه ·

والثّانية مسئلة ردّ الثّمن الى المشترى وأنّه مع شرط الخيار بردّ الثمن هل يكفى الرّد الى الوكيل أو الحاكم أو لابدّ من الرّد الى

نفس المشتری و من الواضح أن احدی المسألتین غیر الاخری فلاترتبط احدیهما بالاخری فما ذکره صاحب الحدائق من الخلاف فی حضور المفسوخ علیه أو الاشهاد علی الفسخ انّما هو فی المسئلة الاولی دون الثّانیة فان المسئلة الثّانیة کما ذکره المصنّف غیر مفروض فی کلمات القوم ولم نجد من یتعرّض لها الا ما اشار الیها المحقّق القمی فی أجوبة المسائل وکیف یمکن دعوی الاتفاق علی اعتبار حضور المشتری و کیف قد خلط صاحب الحدائق احدی المسألتین علی الأخری و أما اصل مسألتنا هذه غیر مذکور فی کلمات الاصحاب فنقول انه لیس هذا الخیار من الامور المجعولة شرعاً حتی نتمسك بظهوره و نحکم بثبوت الخیار له بل هذا خیار جعلی انّما جعل بجعل المتعاقدین فبأیّ نحو جعلاه فیتبع رأیهم فی ذلك وأذا شكّ فی مورد فلابدّ فی کشف المراد الی الارتکازات العرفیة و الّذی نفهم من الرّجوع الی الارتکازات العرفیة أن العرف لایری فرقاً بین رد الثّمن الی نفس المشتری و بین رده الی وکیله فانّه بعد العلم بأن غرض البایع هو انحفاظ المبیع له و عدم جواز أن یتلفه المشتری وأنه لاموضوعیة لردّ الثّمن الی نفس المشتری الا وصول ماله الیه وعلیه فان المشتری حیّا وکان الوصول الیه ممکناً فیرد الثّمن الیه و یفسخ المعاملة و الا فیردّه الی وکیله أو الحاکم أو من یرده الیه بحیث یصل الثمن الی المشتری و ینفسخ ذلك بملاحظة أنّه لو کان المشتری محبوساً أو مریضاً أوغائباً وکان له وکیل فالظاهر انه لایشك أحد فی جواز ردّه الی الوکیل و نحوه فان معنی ردالثمن الی المشتری لیس هو ردّه الی نفسه بل معناه وصول الثمن الیه بأن یکون من جملة أمواله اللهم الاّ أن یشترطاً الرّد الی شخصه فهو امر آخر.

وكذلك الكلام فى طرف البايع فانه لو لم يتمكّن أن يردّ الثّمن الى المشترى لمرض أو موت فيردّ وكيله أو ورثته الى المشترى أو الى وكيله أو ورثته مع عدمه أو موته وليس رد الثمن من ورثة البايع الى المشترى أو الى وكيله من باب ارث الخيار بل من جهة عدم الفرق فى نظر العرف فى الرّد بين كونه من نفس البايع أو من ورثته فان الغرض كون المال عند المشترى أو عند من يقوم مقامه كما لا يخفى ٠

وعلى الجملة فالارتكاز العرفى يقتضى أن المناط فى جعل الخيار بردّ الثمن انّما هو رجوع كل من العوض و المعوّض الى حالتهما الاولية و هو يحصل ولو برده الى من يقوم مقام المشترى كما يحصل برد من يقوم مقام البايع و هو واضح كما ذكره المصنّف ٠

ثمّ انّه لو اشترى الاب أو الجد شيئا للطفل و اشترط البايع عليه أن يكون له الخيار متى رد الثمن فهل يكفى الرّد هنا الى الجد مع كون المشترى هو الاب أو الى الاب مع كون المشترى هو الجد أم لا و الظاهر هو الاول لان لكل من الاب و الجد ولاية مطلقة على الطفل الثّابتة بالادلة اللفظية فيكفى الرّد الى أى منهما يشاء وهو واضح ٠

ثمّ اذا اقتضت المصلحة حتى اشترى الحاكم بولايته على الطفل مالاً له ببيع الخيار فهل يجوز رده الى حاكم آخر أم لا فذكر المصنّف انّه يجوز للحاكم الثّانى أخذه اذ ليس فى أخذ الحاكم الثّانى ذلك مزاحمة للحاكم الاول فبناء على عدم جواز مزاحمة الحاكم لابدّ له أن يرده الى الحاكم الاول مع احتمال عدم الوجوب فانه مال آخر للصّغير يتملكه بالفسخ الّذى هو معاملة جديدة وليس له ربط بالمعاملة الاولى الّتى وضع الحاكم عليها اليد حتى تحصل المزاحمة ٠

ولكن قد ذكرنا فى باب الولاية أنه لادليل على ولاية الحاكم للصغير الا من باب الحسبة ومعنى الحسبة اتيان الامر من باب كونه أمراً قربيّاً بحيث انّ الشّارع يرضى بذلك ولايرض بحيفه فيؤتى ذلك حسبة الى قربة الى الله ومن باب كونه مطلوبا للشارع ويكون حفظه محبوباً ٠

وعليه فولاية الحاكم من باب القدر المتيقّن فانّه لانحتمل أن علمه مانعاً عن التصرف فى مال الصّغير مع الاحتياج وكذلك لاتحتمل أن عدالته مانعة واذا كان مال الصّغير ونفسه محتاجاً الى الحفظ والى النقل والانتقال والى التصرف فيه وكان الامر دائراً بين أن يباشره الحاكم أوغيره فالمتيقن هو الحاكم كما هو واضح وعليه فلايجوز أن يتصرف فيه الحاكم الثانى بعين هذا الملاك فانّه نشك فى أنّه بعد وضع الحاكم الاوّل يده عليه أن لايجوز للثانى أن يتصرف فيه فحيث أن المورد ممّا لابدّ من أخذ القدر المتيقّن لعدم وجود الدليل اللفظى على ولاية الحاكم كما عرفت اذا فلا يجوز للثّانى أن يتصرّف فيما وضع الحاكم الاول يده عليه نعم لو شككنا فى جواز تصرف الحاكم الاول بعد التّصرف فمقتضى أخذ القدر المتيقن هو المنع عن تصرفه ولكنه بديهى البطلان فانّه غير محتمل قطعاً ٠ وكيف كان فليس المورد من موارد مزاحمة الحاكم حتى يقال لاتجوز مزاحمته ٠

قوله : الامر السابع اذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك الا بردّ الجميع فلو ردّ بعضه لم يكن له الفسخ أقول الظاهر من اشتراط الخيار برد الثمن الى المشترى أنه ردّ جميع الثمن وعليه فلو ردّ بعض الثمن فهو كمن لم يرد شيئاً اصلاً فلا يثبت له الخيار

فان هذا خيار جعلى تابع لما جعله المشروط له و على هذا ليس للمشترى التّصرف فى ذلك فانه باق على ملك مالكه وهو البايع و تصرف المشترى تصرف فى مال الغير بدون اذنه فهو حرام بل يكون ذلك وديعة عنده ·

و توهم أن هذا يكون اقالة فان المشترى اذا أخذ بعض الثمن المردود اليه كشف ذلك عن رضاه بالفسخ فيكون اقالة وفيه أنه مضافاً الى منع كشفه عن رضاه بالانفساخ فانّ الاخذ أعم من ذلك و من كونه اقالة ثم ان الاقالة غريبة عن ذلك فان كلامنا فى تحقق الفسخ بالردّ أو ثبوت الخيار للبايع بذلك على النّحو الذى تقدّم سواء رضى المشترى بالفسخ أم لم يرض و أى ربط له برضاهما بالاقالة و الفسخ كما هو أوضح ·

قوله و الظاهر أنه ضامن له لو تلف اذا دفعه اليه على وجه الثمنية أقول حاصل كلامه اذا دفع البايع بعض الثمن الى المشترى على وجه الثمنية كان ضامنا له اذا تلف الا أن يصرح البايع بكونه أمانة عنده فانه حينئذ لو تلف لا يكون ضامنا ·

أقول لاوجه لهذا الكلام فانه اذا كان الخيار مشروطا بردّ تمام الثمن فلا معنى لرد بعضه بعنوان الثمنية بحيث يكون ثمنا بالفعل فان كونه ثمنا بالفعل ملازم لانفساخ العقد كونه داخلا فى ملك المشترى و المفروض أن العقد لا ينفسخ الا برد الجميع و لا يثبت له الخيار برد البعض وعليه فلا معنى لكون ردّ البعض بعنوان الثمنية بل يكون ذلك أمانة مالكيّة عند المشترى ليكون ثمنا عند الفسخ بعد ردّ تمام الثمن فيكون ثمنا بالقوة كما لا يخفى ·

نعم اذا اشترط فی مقام الرّد أن یکون المشتری ضامناً عند التّلف و قبل المشتری فیکون شرط لازم الوفا ٠

و قد یتوهّم الضّمان بدعوی أنه نظیر المقبوض بالسوم الذی ذهب المشهور الی الضّمان فی تلفه فی ید من أخذه أی المشتری ٠

و فیه أنه فرق واضح بین المقامین فان المقبوض بالسوم علی تقدیر الضّمان فی تلفه انّما اخذه المشتری لصلاح نفسه و ملاحظة انه مصلحة له ام لا فیکون ضامناً اذا تلف المقبوض بالسوم فی یده ٠

و هذا بخلاف المقام فان البایع انّما اقبض بعض الثمن لصلاح نفسه لا لصلاح المشتری بل کثیراً أن المشتری لا یرض بالفسخ اصلاً فان الغالب بل الدّائم فی مثل هذا البیع أی البیع بالخیار أن المبیع یکون ثمنه أقل من البیع بدون الخیار فان غرض البایع کان هو رد عینه فلذا باعه کذلك لرفع احتیاجه فلو کانت قیمته مساویة لقیمة المبیع الذی یشتری بالقیمة السوقیة بلاخیار لم یقدّم المشتری بذلك و کیف کان لا نعرف وجهاً للقول بضمان المشتری اذا تلف بعض الثمن عنده کما لا یخفی فافهم ٠

قوله ولو شرط البایع الفسخ فی کلّ جزء بردّ ما یخصّه من الثمن جاز الفسخ فیما قابل المدفوع و للمشتری خیار التّبعیض اذا لم یفسخ البایع بقیة المبیع أقول قد عرفت أن هذا الخیار خیار جعلی من المتعاقدین فیتبع الشّرط علی النّحو الذی شرطاه فلو شرط البایع علی المشتری ثبوت الخیار له برد بعض الثمن یثبت له ذلك اذا ردّ ما یصدق علیه بعض الثمن المقصود فی العرف لا بمقدار یکون خارجاً عن الصدق العرفی أو عن کونه مقصوداً لهما و لا یقاس ذلك بخیاری

المجلس و الحيوان فانه لا يجوز الفسخ فيهما فى بعض المبيع دون ـ بعض فانهما انّما ثبتا بجعل الشارع بالنّسبة الى مجموع الثمن و المثمن فاذا فسخ من له الخيار البيع لابدّ له أن يفسخ فى المجموع دون البعض و أما فى المقام فالخيار بجعل المتعاقدين فيتبع جعلهما على النّحو الذى جعلاه كما لا يخفى فافهم .

وقد ذكر المصنف ره ولو شرط البايع الفسخ فى كلّ جزء بردّ ما يخصّه من الثّمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع وللمشترى خيار التبعيض اذا لم يفسخ البايع بقية المبيع و خرجت المدة و هل له ذلك قبل خروجها الوجه ذلك .

اقول الظاهر انه لا وجه لهذا الكلام و انه لا نتعقل مورد فى هذا المقام يثبت فيه للمشترى خيار تبعض الصفقة و بيان ذلك أنه قد عرفت أن هذا الخيار انّما بجعل المتعاقدين فبأى كيفية جعلاه كان متبعاً وعليه فشرط الخيار و فسخ العقد بردّ بعض الثمن لا يخلو عن وجوه : الاول : أن يشترط على المشترى فسخ مجموع العقد بردّ جزء معيّن من الثمن أو جزء غير معيّن و لكن فسخا متدرجاً بانّه يفسخ المجموع بردّ الثمن تدريجاً بانّه كلّما أدى من الثمن جزء يفسخ فى مقابله الى أن يفسخ المجموع ففى الحقيقة يكون ذلك توسعة للبايع فى رد الثمن كما لا يخفى اذ ردّ مجموعه دفعة واحدة كلفة عظيمة عليه .

وعليه فلو فسخ فى بعض و بقى بعض الآخر حتى خرجت المدة كشف ذلك عن بطلان الفسخ من الاول فان كلّ جزء جزء من الفسخ كان مشروطا بفسخ الجزء الآخر حتى يتمّ فسخ مجموع العقد فاذا فسخ و لكن بقى جزء واحد كان الفسخ باطلاً من الاول لعدم حصول شرطه

وهذا نظير مشروطية عتق المكاتب بردّ مجموع مال الكتابة ونظير اشتراط صحة الصلوة بالتّشهد والسّلام ونظير اشتراط الصوم بالجزء الاخير من الوقت فيكون العمل صحيحاً بشرط حصول هذا الشّرط و الا فيبطل كما هو واضح ·

الثانى انه أن يشترط البايع على المشترى فسخ كل جزء برد جزء من الثمن من غير أن يكون الفسخ أو ثبوت الخيار بالرّد (اى سواء قلنا بحصول الفسخ بالرّد أو كان الرّد من مقدّمات الفسخ) مشروطا بالفسخ فى الجزء الاخير وهذا على قسمين فانه تارة يشترط ان يكون ردّ كلّ جزء من الثمن فسخاً للعقد أو مقدمة للفسخ على التقريب المتقدم من غير أن يكون منوطاً بردّ جزء آخر وفسخ العقد فى ذلك الجزء الآخر وأخرى يكون هذه الصورة ولكن يشترط المشترى أيضاً على البايع أنه اذا فسخ فلابدّ له أن يفسخ فى الكل والا فلم يفسخ أصلا اما الاوّل فمقتضى وجوب الوفاء بالشرط هو العمل بطبق الشرط على النحو المقرّر عند العقد لما عرفت : أن هذا خيار جعلى فيتبع فيه جعل المتعاقدين على النّحو الذى جعلاه ولايقاس ذلك بخيارى المجلس والحيوان كما عرفت ·

وعليه فلو فسخ البعض ولم يفسخ البقية حتى خرجت المدّة فليس على البايع شئ أصلاً فان المؤمنون عند شروطهم فلازم الوفاء به هو ذلك ولا يثبت هنا شئ للمشترى ويكون ذلك نظير المعاملتين التين ثبت فيهما الخيار فهل يتوهّم أحد أنه اذا فسخ البايع هذه المعاملة وذلك يستلزم الفسخ فى معاملته الاخرى أيضاً وكذلك المقام كما لايخفى ·

وأما الثانى فان كان مقتض الوفاء بالشرط هو نفوذ فسخ البايع العقد فى كلّ جزء جزء من المبيع بردّ كلّ جزء جزء من الثمن سواء فسخ فى البقية أيضاً أم لا كما عرفت فى سابقه ولكنه حيث اشترط المشترى أيضاً عليه أنه اذا فسخ فى جزء فلابدّ له أن يفسخ فى البقيّة أيضاً فاذا لم يفسخ البايع فى البقية الزمه المشترى بذلك على حسب اشتراطه والا فيثبت له خيار تخلف الشرط وكذلك لو لم يفسخ حتى خرجت المدة كما هو واضح .

وفى جميع هذه الاقسام لانرى مورداً لتبعض الصفقة أصلا كما هو واضح واعجب من ذلك أن المصنف ره ذكر بعد ما حكم بثبوت خيار تخلف الشرط بانه لايبعد ثبوت خيار تخلف الشرط قبل خروج المدة ووجه العجب مضافاً الى ما ذكرناه من عدم الوجه والتعقل الخيار تبعض الصفقة أصلاً أنه كيف يثبت ذلك للمشترى قبل خروج المدة فانّه فى ضمن هذه المدة لعمل البايع بردّ الثمن و يفسخ البيع فثبوت خيار تبعض الصفقة ينافى ذلك .

وبعبارة اخرى أنه لم يتمّ أمد خيار البايع ومع ذلك كيف يثبت للمشترى خيار تبعض الصفقة وقد كان جعلهما هذا الشرط للمشترى على هذا النّحو بأن يردّ الثمن ويفسخ البيع الى وقت معين والفرض أنه لم يخرج الوقت والمدة بعد كما لايخفى ولعل هذه العبارة من غلط النسخة ولم نر من الحواشى من يتعرّض لذلك .

قوله الثّامن كما يجوز للبايع اشتراط الفسخ برد الثمن كذلك يجوز للمشترى اشتراط الفسخ بردّ المثمن اقول قد عرفت : أنه لا شبهة فى جواز البيع واشتراط الخيار فيه بردّ الثّمن وأنه مقتضى القاعدة

مضافاً الی ورود الرّوایات علیه ٠

وكذلك يجوز للمشترى أن يشترط لنفسه الخيار متى ردّ المبيع فان الرّوايات وان وردت فى اشتراط الخيار بردّ الثمن و لكن قد عرفت أن مشروعية هذا الشرط لاتحتاج الى الروايات لكونه موافقاً للقواعد فان القاعدة الاولية تقتضى مشروعية هذا الشرط فى الثمن والمثمن امّا على النّحو الذى ذكرناه من كون انشاء الملكيّة من الاوّل مضيقة أو بمقتضى المؤمنون عند شروطهم كما هو واضح وكيف كان لا شبهة فى جواز الشتراط الخيار للمشترى بردّ المبيع ٠

نعم فرق بين المقام و بين اشتراط الخيار بردّ الثمن وهو انك عرفت قيام القرينة العرفية و الارتكاز العرفى على أن اشتراط رد الثمن أعمّ من رد شخصه أو بدله فان ما اوجب البايع أن يبيع داره مثلاً من زيد على هذا النحو هو احتياجه الى ثمنه و اشتراط الخيار برد نفس الثمن لا يفيد ولا يرفع حوائجه كما هو واضح ٠

ولكن تلك القرينة العامة فى المقام على العكس حيث انّه قد تعلق غرض البايع بحفظ المبيع كما عرفت والا لباع متاعه بأكثر من ذلك فان اشتراط الخيار يوجب نقص القيمة كما عرفت وعليه فاشتراط المشترى الخيار لنفسه متى ردّ المبيع انّما هو ظاهر بحسب الارتكاز العرفى فى ردّ عين المبيع كما هو واضح ٠

وعليه فلو تلف المبيع سقط خيار المشترى وأما البايع فسقوط خياره وعدمه تابع لشرطه كما لايخفى نعم لو اشترط المشترى على البايع ثبوت الخيار لنفسه متى ردّ المبيع أو بدله فلا يسقط خياره بتلف المبيع بل له الخيار بردّ بدله كما هو واضح ٠

ثمّ انه هل يجوز اشتراط الخيار بالرّد أعمّ من أن يكون برد المبيع أو بدله حتى مع عدم تلف العين أولا وقد استشكل المصنف فى ذلك هنا كاستشكاله فى اشتراط الخيار بردّ الثمن أعمّ من ردّ العين أو البدل حتى مع بقاء الثمن والوجه فيه ما ذكره هناك من أنه مخالف لقانون الفسخ فيكون غير مشروع وذلك لان مقتضى قانون الفسخ أن يردّ كلّ مال الى صاحبه بالفسخ ويكون الثمن راجعاً الى المشترى و يرجع المبيع الى البايع فان معنى الفسخ هو كون البيع كعدمه و اشتراط رد بدله مع الانفساخ مخالف لذلك كما هو واضح ·

وقد ذكرنا سابقاً أن ما ذكره المصنف وان كان متيناً و لكن يمكن أن يكون ذلك بشرط آخر ولو كان ضمنياً بأن يشترط فى نفس هذا البيع بأن يشترط الفسخ برد المبيع و يشترط أيضاً أن يبادل المبيع بعين آخر بحيث انّ المشترى يفعل فعلين بحسب الاشتراط أحدهما فسخ العقد والثانى تبديل المبيع بعين آخر ولو كان هذا التّبديل بالوكالة من قبل البايع كما عرفت ذلك فى السّابقة ·

وعلى الجملة فاشتراط الخيار بردّ المبيع أو بدله حتّى مع البقاء ينحل الى شرطين أحدهما ثبوت الخيار للمشترى أوفسخ العقد بالرّد والثّانى تبديل كونه وكيلاً فى تبديل المبيع بعين آخر فرد البدل من جهة المبادلة المستقلة الجديدة الحاصلة بعد الفسخ فلا يكون الشرط مخالفاً لقانون الفسخ و دعوى أنه لو كان التبديل بعنوان المبادلة الخاصة لكون المشترى وكيلاً فى ذلك لكان باطلاً بعزل الموكل الوكيل قلنا هذا مبنى على جواز عزل الوكيل الذى اشترطت وكالته فى ضمن العقد اللازم وعدمه فانه بناءً على الجواز فلا مانع منه هذا فيما اذا كان

الشرط شرط الفعل وأما اذا كان الشرط شرط النتيجة بان يشترط المبادلة بعد الفسخ فالامر أوضح فانّه بمجرّد انفساخ العقد يتبدل المبيع ببدل آخر كما هو واضح .

والامر أوضح اذا اشترط ردّ التّالف بالمثل فى القيمى وبالقيمة فى المثلى فانه حينئذ تكون المبادلة فى الذّمة بين القيمى والمثلى وتكون الذّمة مشغولة بالقيمة بعد ما كانت مشغولة بالمثل وحيث ان الامر هنا اوضح ولذا لم يستشكل المصنف هنا بعد منع الجواز فى العين الخارجية بدعوى أن اشتراط التبديل هنا بمنزلة اشتراط ابقاء ما فى الذّمة بغير جنسه لا اشتراط ضمان التالف المثلى بالقيمة وبالعكس وهذا بخلافه فى السابق فان اشتراط البدل هناك اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع لكونه مخالفاً لقانون الفسخ فيكون مخالفاً للكتاب والسنّة ثمّ أمر بالتّامل .

ولكن على ما ذكرناه لافارق بين المسئلتين الا ان التبديل فى الاولى فى العين الخارجية وفى الثانية فى الذّمة وهو واضح .

ثمّ انه يجوز اشتراط الفسخ لكل منهما برد ما انتقل اليه اوبدله ويجرى فى كل من الطرفين كل واحدة على حدة الذى ذكرناه مفصلاً .

قوله مسئلة لا اشكال ولاخلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع وجريانه فى كلّ معاوضة لازمة أقول هل يجرى خيار الشرط فى غير البيع من العقود أم لا الظاهر أنه لاخلاف فى عدم اختصاصه بالبيع وجريانه فى غيره ايضاً لا من جهة الروايات الخاصة الواردة فى هذه المسئلة فانها مختصة بموارد خاصة كما عرفت بل لان خيار الشرط موافق لمقتضى القاعدة فيجرى فى غيره أيضاً ولذا تعدوا من موارد

الروايات فان موردها صورة ردّ تمام الثمن و تعدوا و التزموا بجوازه أى بجواز اشتراط الخيار بردّ بعض الثمن كما عرفت و هذه القاعدة أما لعموم المؤمنون عند شروطهم أو لما ذكرناه فى كون الشرط مرجعه الى انشاء الملكية المحدودة أوغير ذلك و هذا فى الجملة مما لا شبهة ولاخلاف فيه و انّما الكلام فى جريان هذا الخيار فى جميع افراد المعاملات حتى الايقاعات أم لا ٠

و قد يقال : بمنع جريانه فى الايقاعات بدعوى أن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما ينبه عليه جملة من الاخبار والايقاع انّما تقوم بواحد ٠

و فيه ما ذكره المصنف من أن المستفاد من الاخبار كون الشرط قائماً بشخصين المشروط له و المشروط عليه لاكونه متوقفا على الايجاب و القبول الاترى أنهم جوازوا أن يشترط فى اعتاق العبد اشتراط خدمة مدة متمسّكاً بعموم المؤمنون عند شروطهم و هذا لاشبهة فيه وعليه فلا مانع من اشتراط شئ فى الطلاق و العتاق تمسكاً بعموم القاعدة الدّالة على جواز الشرط كما هو واضح ٠

و قد يظهر من المصنّف وجه آخر فى المنع عن جريانه فى الايقاعات و قد أصرعليه شيخنا الاستاذ فى عدة موارد وحاصله أن الخيار انّما يجرى فى مورد يكون العقد قابلاً للاقالة والانفساخ بها فانه يستكشف من ذلك أن اللزوم لزوم حقى فكل ما يكون اللزوم فيه حقياً يدخل فيه الشرط أيضاً و أما ما لاتدخل فيه الاقالة فيستكشف من ذلك كون اللزوم حكميّاً فلا يمكن رفع اللزوم بجعل الخيار فى العقد وحيث ان الايقاعات مما لاتدخل فيه الاقالة فيستكشف من ذلك كون اللزوم حكميا

فلا یدخل فیه خیار الشرط و هذا هو الکبری الکلی فی کلّ عقد یدخل فیه خیار الشرط و ما لا یدخل فیه خیار الشرط ۰

اقول : قد عرفت فی اوّل البیع أنه لافارق بین الحکم و الحق من حیث الحقیقة بل کلاهما من حقیقة واحدة و من مجعولات الشارع غایة الامر أن الشّارع قد اعطی الاختیار بید المتعاملین فیقبل الحل و الفسخ وکذلك فی الجواز و سمی ذلك بحسب الاصطلاح حقاً و فی الآخر لم یجعل فیه لاحد سلطنة أصلاً و لا یقبل الفسخ أصلاً کما أن الجواز الحکمی کذلك فانه لایقبل النقل و الاسقاط و سمی ذلك بحسب الاصطلاح حکماً کما هو واضح ۰

وعلیه فلابدّ فی تمییز اللزوم الذی لایقبل الفسخ عما یقبل الفسخ وکذلك فی الجواز من الرّجوع الی الادلة کما هو واضح و من هنا نری أن النکاح لاتدخل فیه الاقالة ولکن یدخل فیه الخیار من بعض الجهات کما فی موارد العیوب الخاصة ولا یدخل فیه الخیار من غیر هذه الجهة وعلی الجملة فدخول الاقالة فی العقد وعدم دخوله لیس میزاناً فی المقام وعلیه فکما دلّ الدلیل بعد الرّجوع الیه من عدم دخول الشرط و الخیار بعقد أو ایقاع وکونه لازماً من جمیع الجهات أخذ به و الا فعمومات وجوب الوفاء بالشرط متبع وعلیه فیجری الخیار فی کلّ عقد و ایقاع حتی الطلاق ما لم یدل دلیل علی خلافه ۰

وقد یستدل فی ذلك بدلیل لزوم الوفاء بالشرط وقد منع ـ بعضهم جریانه فی الایقاعات بدعوی أن مفهوم الشرط ما کان بین اثنین و الایقاعات لاتقوم الا بواحد وفیه أن المستفاد من الشروط ما کان بین شخصین لا کونها متوقفة علی الایجاب والقبول کما هو واضح ۰

ثمّ منع المصنف عن جريان شرط الخيار فى الايقاعات بدعوى منع صدق الشرط فى الايقاعات و انصرافه الى العقود خصوصاً على ما فى القاموس من تفسير الشرط بما كان فى العقود ثمّ ذكر وجهاً آخر لمنع جريانه فى الايقاعات و أسر عليه شيخنا الاستاذ فى موارد عديدة و حاصله ما اشارنا اليه من أن الخيار انّما يجرى فى عقد كان اللزوم فيه حقياً بحيث يتمكن المتعاقدان عن فسخ العقد بالاقالة و أما فيما كان اللزوم فيه حكمياً فلا يجرى فيه ذلك و من الواضح أن الايقاعات لا تدخل فيها الاقالة فنكشف من ذلك عدم جريانه فى الايقاعات كما هو واضح ٠

و قد عرفت الجواب عنه و قلنا أن اللزوم حكم الهى قد جعل فى العقود و فى أى مورد دلّ دليل على جواز دخول الخيار فيه ناخذ به و الّا فلا فدخول الاقالة فى بعض العقود وعدم دخولها فى بعض ليس ميزاناً لجريان الخيار فيها وعدم جريانه فيها فلا يوجب ذلك كون حقيقة اللزوم متعدداً حقياً تارة وحكمياً أخرى بل الحقيقة فى جميعها على نسق واحد و من هنا ترى جريان الخيار فى عقد النّكاح من بعض الجهات دون بعض مع عدم جريان الاقالة فيه وعلى الجملة جواز جعل الخيار فى العقود وعدم جواز جعله فيه تابع للدليل ففى كلّ مورد دلّ الدليل على جواز نأخذ به والّا فنحكم باللّزوم للعمومات الدّالة على اللّزوم ٠

و التحقيق أن يقال انه بناءً على كون دليل الشرط الخيار فى العقود هو دليل الوفاء بالشرط اعنى المؤمنون عند شروطهم الذى ورد فى الرّوايات المستفيضة لايمكن التّمسك بها لوجه اخر بل دليل الشرط هو شئ آخر قد أشرنا اليه فيما سبق و حاصله أن المنشى الذى يشترط

الخیار فی العقود انّما ینشئ من الاول ملکیة محدودة بعدم الفسخ فیکون ما التزمه کلّ منهما فی مقام الانشاء مشمولاً لأدلة الوفاء بالعقد ولاتکون تلك الادلة شاملة لها من الاول حتی یتنازع فی خروجها عنها وعلیه فیجوز لکل من المتعاقدین فی العقود ولخصوص المنشئ فی الایقاعات أن ینشئ من الاول حصة خاصة وملکیة محدودة و زوجیة محدودة وطلاقاً محدوداً من الاول فلا یکون المشمول لادلة اللزوم الا خصوص هذه الحصة الخاصة فقط فان أدلة اللزوم تدلّ علی لزوم ما التزمه العاقد لاغیره والا لتخلف العقد عن القصد .

وأما ان کان المدرك لجعل الخیار فی العقود و الایقاعات هو دلیل الوفاء بالشرط وهو لایشمل الایقاعات أصلاً لوجهین الاول انّك قد عرفت فیما سبق أن معنی المؤمنون عند شروطهم هو الحکم التکلیفی أی أن المؤمن لابدّ وان یقف عند شرطه ولایتجاوز عنه بالتخلف نظیر المؤمن عند عهده ووعده وفی بعض الرّوایات ولیفی بشرطه و نظیر ذلك ولیس للمؤمن أن یتخلف من شرطه وعهده بعد ما عهد و اشترط علی نفسه فعلاً فان من لوازم الایمان هو ذلك کما ان من لوازم الایمان هو اتیان الواجبات وترك المحرّمات وکذلك من لوازم الایمان أن یفی المؤمن بشرطه .

الوجه الثّانی أن مقتضی الظاهر من قولهم (ع) المؤمنون عند شروطهم هو أن من التزم بشرط واعتبر علی نفسه فی عقد فلابدّ من الوفاء علیه ومن الواضح أن هذا لایتمّ فی الایقاعات فان المطلق مثلاً هو الذی یشترط علی الزّوجة شرطاً من غیر اطلاع منها فلا یکون شرطاً علیها لیشملها المؤمنون عند شروطهم اذ لیس عندها شرط أصلاً حتی

يفيها و مع الغض عن الاشكال الاوّل فايضا لا يشمل الحديث الايقاعات.

وعليه فيختص بمورد كان متعلّق الشّرط هو الفعل ليكون العمل به ممكنا وعليه فشرط الخيار خارج عن مفاده لعدم كونه فعلا و هذا هو الظّاهر من قضية المؤمنون عند شروطهم وان قلنا أن مرجع الشرط ـ بالأخرة الى جعل الخيار و لكن بالالتزام لا بالمطابقة، و أمّا اذا كان المدرك لجعل الخيار فى العقود ما ذكرناه فهل يمكن جعله فى جميع العقود و الايقاعات بأن يكون المنشئ قد انشأ الطلاق المضيق و مقيّدا بعدم الفسخ مثلا أم لا و الظّاهر هو الثّانى فان المتفاهم من جعل الشّروط أن يكون للمشروط له خيار تخلف الشرط و يكون له خيار فى اعدام الامر الثّابت بالانشاء و فى الايقاعات مثل الطّلاق و العتاق و الابراء ليس الامر كذلك فانّها أمور عدميّة و توضيح ذلك أنّه لو أغمضنا عن عدم شمول دليل الوفاء بالشّرط لجعل الخيار و قلنا بشمول الرّواية لشرط الخيار أيضا و لكن الظّاهر من الشّرط ما يكون المشروط فيه اثباتا لشئ و ايجادا له فى مقام الاعتبار بحيث لو تخلف المشروط عليه لثبت للمشروط له الخيار و الايقاعات المسلمة مثل الطلاق و المعتق و الابراء خارجة عن ذلك بحسب الارتكاز العرفى فانّها عبارة عن رفع شيئ و ازالته فان الطّلاق رفع الزّوجيّة و العتاق رفع العبودية و الابراء اعدام اشتغال الذّمة و هكذا فليس هنا اثبات شيئ و ايجاده للطرف الآخر بحيث اذا تخلف بالشّرط فيفسخ المشروط له ذلك و يعدم ما أثبته للمشروط عليه و يحله فان الطّلاق يعدم الزّوجية و لذا ورد فى بعض الرّوايات يلقى حبلها عليها. أى يقطع العلاقة بينهما و من الواضح لو ثبت فيه الخيار فلازم ذلك أن يرجع اليها من التخلّف ولو بعد سنين

واختیاره زوجا آخر فبناء علی عدم اختصاص دلیل الوفاء بالشّرط بالافعال فالارتکاز العرفی مانع عن جریانه فی الایقاعات أیضا حتی علی ما ذکرنا أیضا من المبنی فان المتفاهم من الامور المذکورة اعدام الموضوع علی وجه الاطلاق فالتوقیت ینافی ذلك کما هو واضح ٠

وأمّا ما ورد من جواز عتق العبد والامة مع الشّرط علیها فلیس ذلك فی الحقیقة اشتراطا للخیار أو الشّرط فی الایقاع بل العبد و جمیع شؤونه من الاوّل ملك لمالکه والمالك انما رفع الید عن مقدار من ملکه وأبقی مقدارا آخر لا أنّه یعتق العبد علی وجه الاطلاق ثمّ یشترط علیه شرطا کما هو واضح ٠

والحاصل أنّه بناء علی ما ذکرناه من أن مرجع الاشتراط هو انشاء المنشأ مقیدا و مضیقا بحدّ خاص لیکون المشمول لادلّة اللّزوم هو هذه الحصّة الخاصّة فایضا لایمکن جعل الخیار فی الطّلاق والعتق والابراء لانّها أمور عدمیّة فالطلاق اعدام الزّوجیّة والعتاق اعدام الرقیة والابراء اعدام اشتغال الذّمة والظّاهر من مفهوم هذه الامور بحسب الارتکاز اعتبار الشّرط و الخیار فیها منافیا لمفهومها فان معنی الطلاق هو الاطلاق و الارسال المعبر عنه فی الفارسیّة (رها کردن) و من الواضح أن شرط الخیار بحیث أن یکون له الفسخ ولو کانت المرأة المتزوّجة لیضرها مناف لهذا المفهوم کما هو واضح وکذا مفهوم العتق و مفهوم الابراء ٠

وأمّا الوقف والایصاء فبناء علی کونهما من الایقاعات کما هو الظّاهر فلیسا من الامور العدمیّة فیکونا مثل العقود فلابدّ أیضا من التکلّم فیها بأنّه هل یجری فیهما و فی جمیع أقسام العقود أم لا ٠

فنقول أمّا النّکاح فقد أدعوا الاجماع علی عدم جریان الخیار وشرطه

فيه و ذكر السّيد ره أن عدم جريانه فيه و كونه مفسدا للنّكاح على تقدير الاشتراط من جهة الاجماع و الا فمقتض القاعدة هو جواز الاشتراط فيه وعدم كون الشرط مفسدا له .

و لكن الظّاهر أنّه لا يجرى فيه الشّرط و على تقديره يكون مفسدا و ليس ذلك مثل بقية الشّروط الّتى لا تكون مفسدة للعقد . و الوجه فى ذلك هو ما ذكرناه من أن مرجع الاشتراط فى العقود هو تضييق دائرة المنشأ و جعله على قسم خاص و كونه مقيّدا بعدم الفسخ و عليه فاذا اشترط الخيار فى عقد النّكاح فمعناه أن للمشروط له الفسخ متى أراد و عليه فلا يعلم انه يفسخ النكاح او لا يفسخ و على تقدير انه يفسخ فلايعلم أنه متى يفسخ و عليه فيكون وقت الفسخ مجهولا و حيث أنّه لم يرد النّكاح فى الشّريعة الاعلى قسمين دائمى و موقت و هذا العقد خارج عن كلاهيما فانّه ليس بدائمى لكون الزّواج مقيّدا بعد الفسخ كما عرفت اذا لا معنى لاعتبار الزّواج بعد الفسخ أيضا ليكون دائميا لكونه تناقضاً واضحاً و لغواً محضا و أما الموقّت فلانّه مشروط بكون الوقت معلوما و مسمّا كما ورد فى الرّوايات الكثيرة بل فى قراءة بن عباس الى أجل مسمّى حيث اضاف لفظ المسمّى و حيث ليس الاجل هنا معلوما فيكون باطلا فلايقاس ذلك ببقيّة الشّروط الفاسدة الغير المبطلة للعقد و اذن فاشتراط الخيار فى النّكاح فاسد و مفسد للعقد .

نعم لو كان التوقيت بما وقت به الشّارع كالطلاق و العيوب الخمسة فلا مانع منه فانّه أمر تعبّدى حتّى لو صرحا الزّوج و الزّوجه من الاوّل بذلك لكان صحيحا أيضا بأن قال زوّجت الى أن أطلق أو الى أن يظهر شيء من العيوب .

و أمّا الوقف سواء كان من العقود أو الايقاعات فقد ذكرنا فى بيع

الوقف أنّه علی قسمین الاوّل أن یکون تحریرا و فکا للملک کالمساجد و نحوها فهو مثل العتق فیکون من الامور العدمیّة فبالوقف بعدم الملکیة و یفکها و یجعلها محرّرة و یجری فیه جمیع ما ذکرناه فی الطّلاق و العتق و الابراء فلا یمکن فیه جعل الخیار لکونه منافیا لمفهوم التّحریر بحسب الارتکاز العرفی ٠

فانّه لا معنی للتّحریر مع کونه مختارا فی ارجاعه الی ملکه ، نعم لو کان کذلک لم یکن وقفا بل یکون من قبیل السّکنی و العمراء و الرقبی ٠

و القسم الثّانی و هو ما کان من قبیل التّملیک کالاوقاف الخاصّة و کالوقف علی المسجد بناء علی کونه ملکا للمسجد لا أنّه یکون مثل المسجد محرّرا فالظّاهر أنّه مبنی علی أن التّأیید مأخوذ فی حقیقة الوقف أم لا فانّه بناء علی أخذه فیه لایجوز هذا الاشتراط لانّه یکون الاشتراط بالنسبة الی الوقف متناقضا لان اعتبار الوقف مقتضی التأبید و الاشتراط یقتضی التّوقیت بناء علی ما ذکرناه من رجوع الشّرط الی تضییق دائرة المنشاء و هما لا یجتمعان و اعتبار التأبید حتّی ما بعد الفسخ لغو ظاهر کما هو واضح و أمّا بناء علی عدم أخذ التأبید فی الوقف و القول بجوازه سنة نظیر السّکنی و الرّقبی فلابدّ من تنقیح هذه الکبری و أن التأبید مأخوذ فی الوقف أم لا ٠

و أمّا ما فی الموثّقة من قوله (ع) من أوقف أرضا ثمّ قال ان احتجت الیها فأنا أحق بها ثمّ مات الرّجل فانّها ترجع فی المیراث فلا دلالة فیها علی المدّعی حیث ان محلّ کلامنا فی شرط الخیار و الرّوایة راجعة الی شرط النّتیجة و رجوع الوقف الی ملک الواقف مع الاحتیاج فاحدهما أجنبی عن الآخر ٠

و ربّما علل على عدم جريان الخيار فى الوقف باشتراط القربة فى الوقف و هو ممنوع صغرى و كبرى أمّا الكبرى فلعدم الدّليل على اعتبار القربة فى الوقف و أمّا الصّغرى فكذلك فانّه لا دليل على أن القربة مانعة عن الاشتراط مع وجود الدّليل على الاشتراط امّا دليل الوفاء بالشّرط أو ما ذكرناه فى الوقف كما هو واضح فالظّاهر أن شرط الخيار وعدمه متوقّف على ما ذكرناه من اعتبار من التأبيد فى الوقف وعدمه .

و الحاصل أنّه قسم المصنّف العقود على ثلثة أقسام الاوّل مالايدخل فيه الخيار اتّفاقا كالنّكاح و نحوه الثّانى ما يدخل فيه الخيار كالبيع و نحوه من أقسام المعاملات الثّالث ما يكون مختلف فيه كالوقف و نحوه .

أقول التّحقيق أن يقال : أن فى كلّ مورد نعلم بجواز شرط الخيار فى عقد نحكم بصحّة أخذه فيه و فى كلّ مورد نعلم بعدم جواز أخذ الخيار فى عقد نحكم بعدم صحّة أخذه فيه و فى مورد الشّك نرجع الى الاصل و من الواضح أن مقتضاه هو جواز أخذه فيه وعدم ترتّب الأثر على غير ما أخذه المتبايعان فى العقد .

بيان ذلك أنّك قد عرفت آنفا أن معنى جعل الخيار فى العقد هو تحديد المنشأ بحدّ خاص بحيث ينشئ البايع مثلا بيع داره مقيّدا بعدم فسخه و قلنا أن التّمليك الموقّت و ان كان لا معنى له فان معنى بيع الدّار هو تمليكها موبدا من حيث الزّمان وغير مقيّد بزمان و لكن ينافى ذلك تحديده من حيث الزّمانيات فيبيع داره مقيّدا بعدم فسخه أى ينشئ ملكيّة داره لزيد مقيّدا بالقيد المذكور لاعلى وجه الاطلاق وعليه فيكون أدلة اللزوم والصّحة شاملة لذلك فاذا شككنا فى جوازذلك فبمقتضى القاعدة نحكم بجوازه وبعدم كون غيرذلك منشئا وعدم كون التّمليك على وجه

الاطلاق فان القدر المتيقّن هو التّمليك الخاص فالزّائد عنه مشكوك فالاصل عدمه ٠

و بعبارة اخرى أن الحكم بكون مال شخص لشخص آخر يحتاج الى سبب و الفرض أن المالك لم ينشئ الّا ملكيّة محدودة فان أمضى الشّارع ذلك فهو والّا أى وان أمضى ملكية مطلقة يلزم أن يمضى الشّارع ما لم ينشئ فيكون المنشأ غير ممضى و الممضى غير منشئ وعليه فكلما شككنا فى نفوذ شرط و خيار فالاصل يقتضى نفوذه فان مقتضى عدم النّفوذ هوالحكم بما نشك فى انشائه فالاصل عدمه كما لا يخفى ٠

هذا ما يقتضيه الاصل الّذى لابدّ من الرّجوع اليه عند الشّك ثمّ ان الشّرط قد يرجع الى الخيار و قد لا يرجع و يتضح ذلك بما سنذكره و اذا عرفت ذلك فنقول لابدّ من تحقيق معنى الشّرط و ما يجوز جعله فى العقود و ما لا يجوز ليتّضح ما هو الضّابط فى المقام أعنى ما يدخل فيه الخيار و ما لا يدخل فيه الخيار حتّى نرجع فى غيره الى الاصل ٠

أمّا الشّرط الّذى اشترط فى العقود قد يكون راجعا الى اشتراط أمر غير اختيارى و اخرى يرجع الى اشتراط امر غير اختيارى و على كلّ حال قد يرجع الاشتراط الى جعل الخيار و قد لا يرجع ٠

أمّا اذا كان الاشتراط اشتراط أمر غير اختياريّة كما اذا اشترى عبدا فشرط كونه كاتبا أو اشترى متاعا آخر فشرط كونه على وصف خاص فانّه لا شبهة فى أن كون العبد كاتبا أو كون المبيع على وصف خاص من ـ الاوصاف الّتى ليس فى اختيار البايع غير اختيارى للبايع وعليه فلامعنى للاشتراط الا توقف الالتزام البيعى على الالتزام الشّرطى فانّه لا يتصور لهذا الاشتراط معنى الّا أن يكون العقد معلقا عليه أى أبيع على هذا

الشّرط والا فلا أبيع مثلا معنى بيع العبد بشرط كونه كاتبا أنه أبيع ذلك على أن يكون كاتبا والّا فلا أبيع فيكون باطلا للتعليق.

وأمّا أن يكون المراد من الالتزام الشّرطى التزام آخر فى ضمن الالتزام البيعى من غير أن يرتبت أحدهما بالآخر واما أن يراد ماذكرناه من توقف الالتزام البيعى على الالتزام الشّرطى من غير أن يكون البيع متوقّفا على ظهور المبيع بوصف خاص بل الالتزام على البيع و الوقوف عليه موقوف على الشّرط كما هو واضح.

وعلى هذا فلو تخلف الوصف فيكون المشروط له مخيّرا فى بقائه على التزامه وعدم بقائه فيكون له الخيار.

وأمّا اذا كان الشّرط فى العقود من الامور الاختيارية فهو على قسمين : الاوّل : أن لايكون العقد ممّا يجرى فيه الخيار كمثل النّكاح مثلا فان معنى الشّرط حينئذ هو مجرّد توقّف الالتزام العقدى على الالتزام الشرطى من غير أن يكون مرجعه الى جعل الخيار أصلا بل فائدته ليس الّا الزام المشروط عليه تكليفا على الوفاء و الوقوف على التزامه فان المشروط له انّما أنشأ العقد على هذا الالتزام بحيث لو كان المشروط عليه لقبل الايجاب المنشأ على هذا النّحو لقبل مقيّدا لكان باطلا لعدم المطابقة بينهما و قد ذكرنا فى أوائل البيع أنّه لو أنشأ الموجب عقدا مشروطا بشرط فقبل القابل بلا شرط لبطل فان ما انشأه البايع لم يقبله المشترى و ما قبله القابل لم ينشأه الموجب وعلى كلّ حال فهذا الاشتراط ليس له فائدة الّا الزام المشروط عليه ولا باس بذلك أيضا و يترتب عليه الأثر من حكم النّشوز و نحوه فى النّكاح ولا يضر تعليق العقد بذلك فان بطلان التّعليق فى العقود ليس الا من جهة الاجماع و من الواضح أن المتيقن

منه صورة كون المعلق عليه مشكوكا لا فيما يكون منجزا و لذا قالوا يعتبر التنجز فى العقود و هذا المعنى متعارف فى العرف أيضا فانّه يقول بعضهم لبعض بعتك هذا المتاع لك بشرط أن تلتزم بذلك الشرط او يقول أحد الزوجين للآخر زوجتك نفسى بشرط أن تلتزم بالشّرط الفلانى من تعيين المكان و نحو ذلك و من هذا القبيل اشتراط الشرط الفاسد فى العقد من شرب الخمر و نحوه فان الشرط أعنى الالتزام حاصل بالنّسبة الى المشروط عليه و لكن لم يمضه الشارع فمورد الشروط الفاسدة هو ذلك فيصح العقد لان شرطه و هو التزام الطرف حاصل و ان لم يمضه الشارع ·

الثّانى أن يكون الشّرط مرجعا لكلا الأمرين بأن يكون الشرط أمرا اختياريا و يكون معناه التزام الموجب بالبيع و نحوه مثلا مقيدا بالتزام الطرف الآخر بالشرط فيكون منحلا الى أمرين أحدهما الزام الطرف أى المشروط عليه أولا بالوفاء بالشرط و مع عدم الوفاء يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و سيأتى تفصيل ذلك فى باب الشروط ·

و بعبارة أخرى أن الشروط على ثلثة أقسام : الاوّل : ان يكون مرجعه الى جعل الخيار للمشروط له كاشتراط الاوصاف فى المبيع مثلا الخارجة عن القدرة كما اذا باع عبدا فشرط المشترى على البايع كونه كاتبا فان كونه كاتبا ليس فى قدرة البايع فاذا ظهر غير كاتب فليس للمشترى الزامه بكونه كاتبا و هكذا فى جميع الاوصاف الغير الاختيارية غاية الأمر فيثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط فله أن يرضى بالمبيع الفاقد للوصف و له أن يفسخ العقد و يرجع الثمن ·

الثّانى : أن يكون متعلّق الشّرط أمرا اختياريا كما اذا اشترى

أحد شيئا و شرط في ضمنه أمرا مقدورا للبايع كخياطة ثوبه و بناية داره أو نجارته بابه و نحو ذلك من الأمور المقدورة للبايع و في مثل ذلك فالشروط مجمع للامرين الزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط و مع عدم الوفاء ثبت له خيار تخلف الشرط فله أن يرضى بالعقد بدون الشرط و له أن يفسخ العقد ٠

الثالث : أن يشرط أحد المتعاقدين على الآخر شرطا في العقد الذى لا يجرى فيه الخيار الّا فيما عينه الشّارع بدليل خاص كعقد النكاح فانه لا يجرى فيه الخيار الا بالاسباب التى عينها الشّارع بدليل خاص فمقتضى الشرط هنا ليس الا تعليق الالتزامّ العقدى على الالتزام الشرطى فلا شبهة في جواز التعليق حينئذ فان المعلق عليه و هو التزام المشروط عليه حاصل و التعليق انّما يضر اذا كان متعلقه مشكوكا و ليس كذلك فما هو باطل هو الثانى دون الاول فان مورد المتيقن من الاجماع هو الثانى و أما الاوّل فالتعليق على نفس وجود المبيع مثلا ٠

و عليه فلو تخلف المشروط عليه عن شرطه فلا يثبت للمشروط له الخيار فان فائدة هذا الشرط ليس الا الزام المشروط عليه على الوفاء و مع عدمه لا يثبت الخيار نعم يمكن ترتب بعض الاثار عليه في مثل عقد النكاح من عدم تحقق النشوز و نحوه مثلا كما اشترط الزوجة مكاناً خاصاً لزوج فلم يف فذهاب الزوجة الى ذلك المكان لا يوجب النشوز و لا يضر ذلك بصحة العقد فان المعلق عليه حاصل جزما أعنى التزام المشروط عليه و كذلك اذا كان الشرط فاسدا فان تعليق العقد بالوفاء بالشرط الفاسد من هذا القبيل أى الشّرط حاصل و هو الالتزام بالوفاء بالحرام غاية الأمر لم يمضه الشّارع و من هنا نقول ان الشرط الفاسد لا يفسد

العقد كما سيأتى فى باب الشروط .

نعم مع عدم الالتزام فى جميع الصور المتقدمة من الاوّل لم يبطل العقد من الاول لان ما انشأه البايع لم يقبله المشترى و ماقبله المشترى لم ينشئه البايع كما لا يخفى .

ثمّ انك عرفت من جميع ما تقدّم فى معنى الخيار أن معناه ليس الا تحديد الملكية المنشأه بزماين و معنى التحديد أن البايع مثلا يعتبر ملكية داره لزيد الى الأبد من حيث الزمان و يلزم بذلك على وجه الاطلاق و لم يقيد أصل التزامه بشئ فان الاطلاق و التقييد فى أصل الالتزام غير معقول و لكن يقيد ذلك بحسب الطوارى والكيفيّات من حيث الزّمانيّات و نتيجة ذلك أن المشترى له التّصرف فى المبيع بأى كيفية يريد حتى بالاعدام و نحوه فان له ذلك على وجه الاطلاق و لكنه ملكيته و سلطنته أعنى الواجدية هى محدودة بحدّ خاص و هو عدم الفسخ فاذا فسخ ترتفع هذه السّلطنة و ما يجوز له من التّصرّفات و تنقطع سلطنته عن العين و نظير ذلك كثير فى العرف فانه يكون شخص سلطانا الى سنة كما هو كذلك فى الرّياسة الجمهورية و لكن تصرفاته فى الاملاك مطلقة فله أن يتصرف فى زمان سلطنته تصرّفا مطلقة و تصرّف خمسين سنة بأن يوجر أرضا الى خمسين سنة و هكذا و كذلك المتصرّفين المنصوبين فى البلاد من قبل الملك فان سلطنتهم و ان كانت مقيدة بأمد خاص و لكن تصرفاتهم مطلقة ولذا تنفذ أمورهم بعد انعزالهم أيضا كالطرق و الشوارع و كذلك رئيس الوزراء و نحوهم و كك الامر فى كل معاملة خيارية فان معناه تحديد المنشأ فيكون نفس السلطنة خاصة و لكن نفوذ التّصرف بجميع انحائه مطلقا .

و الحاصل أن أصل الالتزام و ان كان غير قابل للاطلاق و التقييد

فانه كالانشاء اما يوجد أولا و انّما الاطلاق و التقييد باعتبار المتعلق و لكن تقييد استمراره باعتبار متعلقه شيئ ممكن بأن يقيد الوقوف عليه و استمراره بشرط و عليه فلا مانع من تحديد الالتزام البيعى بحسب الاستمرار بالالتزام الشرطى فتكون النتيجة من المجموع كون الملكيّة مقيدة بحد خاص كما هو واضح ٠

ثم انه كما يوجب الفسخ انقطاع سلطنة المشترى عن العين بالكلية وكذلك التلف فانّه اذا تلف مال أحد تنقطع سلطنته عن العين وعن ماليته بالكلية الا اذا كان التلف مستندا الى شخص يكون اتلافه موجبا للضمان فانه ح تكون سلطنته باقية فى المالية فان ذمّة المتلف تكون مشغولة بذلك وأما اذا لم يكن مستند الى شخص فتكون سلطنة المالك منقطعة عن العين وعن ماليته بالمرة كما كان تنقطع بالفسخ فاذا تلف المبيع عند المشترى فى غير زمان الخيار فتكون سلطنته منقطعة عنه ٠

و لكن مع ذلك هنا فرق بين التلف و بين الفسخ وان كانا مشتركين فى اصل انقطاع سلطنة المالك عن العين فانه فى صورة التلف فالمعاقدة باقية على حالها بحيث أن المتبايعين و كذلك العرف والعقلاء يعتبرون ملكية العين التالفة للمشترى فى هذا الزمان أيضا قبل التلف فيعتبرون أن المشترى كان مالكا قبل التلف بخلافه فى الفسخ فانه بالفسخ تنفسخ المعاملة من الاول و لذا لو ادعى البايع ملكية المبيع وضمان المشترى عليه بالمثل بحيث أن يردّ ثمنه و يأخذ مثل ماله فيقول المشترى كان التلف فى ملكى و أنا كنت مالكا بالعين قبل التلف بالمعاقدة التى تبقى والمقام شبيه بالحجة حيث أن الفاعل اذا اتى بعمل مستندا الى حجة شرعية ففى أى وقت سئل عن وجه اتيانه فيقول كانت الحجة عندى فلو قيل:أعد

فيقول الحجة تقتضى عدم الاعادة و كذلك بعد الوقت ففى كل وقت يدعى بقاء الحجة و استناد عمله اليه و كذلك فى المقام فان المشترى فى كلّ وقت يدعى كون التلف فى ملكه وعدم الضمان لبدل المبيع لبقاء المعاقدة معه فيقول أنا لست ضامنا بمثله أو قيمته فانى عاملت عليه و يدعى فى كل وقت بقاء المعاقدة ؤاستناد عدم الضمان على مثله أو قيمته الى المعاقدة و من هنا تجوز الاقالة بعد التلف فح يرجع البايع الى مثل العين أو قيمته و يردّ الثمن الى المشترى ان كانت عينه باقية و الا فمثله أو قيمته ·

فحال الفسخ و رفع الملكية و قطعها عن العين حال الاقالة بعد تلف العين فمع الفسخ أيضا ان كانت العين باقية فترد الى البايع و الا فيرد المثل ان كان له الخيار حتى بعد تلف العين و من هنا ظهر أنه لا وجه لقياس الفسخ و انقطاع السلطنة به بالتلف و انقطاع السلطنة به من جميع الجهات بل القياس فى انقطاع السلطنة بهما فقط ليس الا فافهم ·

اذا عرفت ذلك كله فاعلم أن الميزان الكلى و الضابطة الكلية فى جعل الخيار فى العقود و الايقاعات هو أن لا يلزم من جعله ماينافى مفهوم العقد بان ينافى التحديد مفهوم نفس العقد أو الايقاع كما اذا طلق مع جعل الخيار لنفسه أو ابراء ذمة المديون موقتا أو أعتقه كذلك فان المتبادر من مفهومها هو الابدية و التوقيت ينافيها فمعنى الابراء افراغ الذمة الى الابد و التوقيت امهال لا ابراء و معنى الطلاق الارسال و الاطلاق و التوقيت ينافيه وكذلك العتق ·

أوكان هنا اطلاق أوعموم يقتضى صحة العقد الذى يجعل فيه

الخيار ففى البيع و نحوه من المعاملات مقتضى أوفوا بالعقود وسائر الادلة هو صحة المعاملة التى جعل فيه الخيار فيكون شمولها عليها بهذا المقدار وأما بعد الفسخ فلا فتكون المعاملة المنشأة بقيد أى المنشئ المحدود بحد مشمولا لادلة لزوم المعاملة فالزائد عن ذلك يكون خارجا عن حدود الادلة الدالة على اللزوم من الاوّل ٠

وأما فى مثل النكاح فليس هنا اطلاق أوعموم تقتضى صحة عقد النكاح المقيد بوقت و المحدود بحدّ بعد ما كان ممكنا ثبوتا مع العلم من الخارج بان عقد النكاح لابدّ اما وأن يكون دائميا أو موقتا ولكن الى أجل معلوم أى مسمى كما فى بعض الروايات و فى قرائة ابن عباس ٠

وعليه فجعل الخيار فى عقد النكاح لايدل دليل على صحة هذا القسم من النّكاح أى المحدود بحدّ خاص لو لم يكن من الخارج يدل على كونه منحصرا بقسمين لكانت العمومات الدالة على لزوم مطلق العقد محكمة ولكن قد عرفت جوابه ٠

ثمّ انك عرفت عدم جواز جعل الخيار فى النكاح بل الخيار فيه منحصرا بالاسباب الخاصه و قد عرفت عدم جريانه فى الايقاعات المذكورة من الطلاق و العقد و الابراء وعرفت أيضا أن جريانه فى الوقف مبنى على اعتبار التأبيد فى الوقف وعدمه فانه بناء على الاول لايجرى فيه الخيار لكونه منافيا لمفهوم الوقف كما عرفت فى الطلاق والعتق و الابراءو هذا هو المشهور بين الفقهاء و هذا هو الظّاهر من الرّواية التى ذكرها المصنف هنا من أنه وقف الواقف شيئا و اشترط عوده الى ملكه مع الاحتياج فحكم الامام (ع) بعوده ميراثا و بطلان الوقف بل هو الظاهر من غير واحد من الرّوايات المذكورة فى باب الوقف بل فى بعضها ذكر

الامام (ع) أنه وقف الى أن يرث الله الارض و من عليها ٠

و أمّا الصدقة فالظاهر عدم جريان الخيار فيه فانها لله فما كان لله لايرجع بل هو كك فى اعتبار العرف أيضا فانه لايجوز العرف جواز رجوع المصدق الى الصدقة بعد مدة فهى نظير الوقف بناء على اعتبار التأبيد فيه بل قسم من الوقف وعلى الجملة فالصدقة حيث كانت امرا قربيّا فلاترد

و أما الوصية سواء كانت ايقاعا أو عقدا فان كان قبل الموت فهو جائز بطبعه فلا يدخل فيه الخيار بل كلّما أراد الفسخ يفسخ و ان كان بعد الموت فهو لازم فيجوز فيه جعل الخيار اذ لانرى فيه ما ينافى مفهوم الايصاء و أنّه موافق لما دلّ باطلاقه على صحة الوصية و لكن فى جعل الخيار فيها استبعادا محضا و ذلك فان مقتضى جعل الخيار فيه انه بالفسخ من المورث أو من له الخيار أن المال يرجع الى ملك الميّت فانّه الذى انشأ العقد وجعل فيه الخيار وكان المال فى ملكه ثم بتوسط الميّت ينتقل الى الورثة فان فى هذا استبعادا محضا بانه كيف يملك الميّت بعد موته و لكنه مجرّد استبعاد فلا محذور فيه ٠

و أما الهبة المعوضة التى لاتكون لذى رحم أو على وجه قريبى أومن الزوج للزوجة فلا شبهة فى جعل الخيار فيه فانه من العقود التى لامحذور فيها لجعل الخيار بوجه كما لايخفى فافهم ٠

والحاصل أنك قد عرفت أن معنى جعل الخيار فى العقد هوجعل المنشأ مقيدا بقيد خاص و بحدّ خاص فيكون مفاد العقد هى الملكية المحدودة بعدم الفسخ ثم انك قد عرفت أيضا أن معنى جعل الشرط فى العقد هو كون البيع أى الملتزم به معلقا بذلك الالتزام الشرطى بحيث أنه لولاذلك الالتزام الشرطى المعلق عليه لما باع البايع ما له

أصلا و قلنا ان التعليق فى أمثال ذلك لايضرّ فانه انّما يضر ان كان لامر مشكوك الحصول لا لامر منجز كما لايخفى ولا يفرق فى ذلك أى صحة العقد المعلق على الالتزام الشرطى بين كون الشرط فاسدا كشرب الخمر و نحوه و بين كونه سائغا فان ما علق عليه العقد و هو الالتزام قد حصل تكوينا و ان لم يمضه الشارع كما لايخفى فافهم ٠

ثم انك قد عرفت ان العقد اذا توقف على شئ بحيث قد حصل مقيدا بذلك الشرط و الالتزام كان المنشأ محدودا بحدّ خاصّ و بقيد خاصّ بحيث ان المنشأ قد أنشأ هكذا فيكون المشمول لعموم أوفوا بالعقود و سائر أدلة اللزوم هذه الحصة الخاصة من المنشأ المحدود و لا شبهة أنه مع تخلف هذا الشرط فللمشروط له خيار تخلف الشرط فيكون هنا التزام آخر من المشترى على أنّه اذا خالف الشرط فيكون للمشروط له خيار تخلف الشرط فيما اذا كان مرجع الشرط الى الخيار كما ذكرناه سابقا و يكون ذلك فى العقود الّتى يجرى فيه الخيار فافهم فيكون دليل الوفاء شاملا للعقد المقيّد و المحدود بالتزامين و العقد بجميع هذه الشؤون يكون مشمولا له ٠

و الحاصل اذا كان البيع مثلا معلقا على شرط كالخياطة و نحوها و التزم المشترى بالوفاء بها فيكون البيع مقيدا بهذا الشرط بحيث يكون المنشأ محدودا بذلك فيكون مشمولا لما دل على اللزوم على هذا النحو الخاص ثمّ ان معنى جعل الشرط فى العقد هو كون المشروط له مخيّرا فى حل ذلك العقد على تقدير مخالفة المشروط عليه بالشرط و عليه فالعقد معلق على التزامين أحدهما التزام المشترى بالشرط و الثانى التزامه بأن للمشترى حل العقد على تقدير مخالفته و حينئذ فيكون المنشأ

مقيدا و محدودا بكلا الالتزامين و معلقا عليهما و يكون العقد المقيد و المحدود بهما مشمولا لاوفوا بالعقود و سائر أدلة اللزوم و عليه فلا مجال لتوهم أن حلّ العقد على تقدير تخلف الشرط مناف لأوفوا بالعقود بل هو مأخوذ فيه فان أوفوا يشمل العقود بجميع شؤونها كما هو واضح و مع تخلف الشرط ينتفى المشروط أعنى اللزوم فثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و هذا معنى ما ذكر من أنه ينتفى المشروط مع تخلف الشرط كما هو واضح فان من التزم بالبيع التزمه على تقدير و لا شبهة فی عدم جواز قبوله بدون ذلك التقدير بداهة تفاوت قيمة المبيع مع الخيار و بدونه فاذا كانت قيمة المبيع خمسين بلا شرط و باعه عشرين مع الشرط فلو لم يكن للشرط دخل فی نقصان الثمن لم يقدم بهذه المعاملة الا السّفيه كما هو واضح هذا فاغتنم ·

ثم انه وقع الخلاف فی جريان الخيار و عدمه فی بعض العقود و قد عرفت عدم جريانه فی النّكاح و ما عن السّيد فی العروة أنّه لا يجرى فی النّكاح للاجماع فی غير محله بل لا يجرى لما ذكرناه و قد عرفت ايضا عدم جريانه فی الوقف أيضا بناء على اعتبار التأبيد فيه كما هو الظاهر من الرّواية التی ذكرها المصنّف فی المقام و من بقية الرّوايات الدّالة على كون الموقوف وقفا الى أن يرث اللّه الارض و من عليها و عليه فيكون جعل الخيار فی الوقف منافيا لمفهومه ·

و أما الصّدقة فلا يجرى الخيار فيها أيضا لانه كالوقف فی اعتبار التأبيد فيها و انّها وقعت للّه و ما كان للّه لا يرجع كما ذكر المصنف بل فی بعض الرّوايات أن آخذ الصّدقة هو اللّه تعالى فاذا كان الطّرف هو اللّه فكيف ترجع الصّدقة و ربّما يتوهّم كما توهّم بعض المحشين من أن ما

ذكره المصنّف هنا من كون الصدقة للّه تعالى و ما كان للّه لا يرجع مناف لما ذكره فى الوقف من الاشكال فى الكبرى فى عدم اعتبار القربة أى عدم الدّليل على ذلك و لكن قد ظهر جوابه مما ذكرناه و بيانه أن الروايات الكثيرة قد دلّت على اعتبار القربة فى الصّدقة و كونها على وجه قربى و معنى اعتبار القربة هنا أن طرف لصّدقة هو اللّه و الآخذ هوكمافى بعض الرّوايات فكأن المصدّق يعطى الصّدقة للّه تعالى و ما أخذه اللّه تبارك و تعالى لا يرجع .

و هذا غير كون الفعل قريبا أى مأتيا به على وجه قربى لاجل ابتغاء الثواب و هذا لا ينافى جواز حل ذلك العقد و ارجاع ما أعطى على وجه قربى ولو قلنا بكون المعاملة مستحبّة بذاتها وان انكرنا ذلك فى المكاسب المحرّمة و قلنا ان الاستحباب من جهة الفعل فلا يكون ذلك موجبا للزوم البيع كما هو واضح هنا لو باع أحد داره من عالم أو سيّد قربة الى اللّه تعالى و قصد فى معاملته التقرّب بها الى اللّه تعالى فهل يتوهم أحد أن ذلك مانع عن جريان خيار المجلس فى ذلك فالكبرى الذى تسلمها المصنّف هنا غير الكبرى الذى منعها فى الوقف فان الآخذ هنا هو اللّه فلا معنى لارجاع ما اخذه بل هذا كك فى العرف أيضا فان من اعطى شيئا للسلطان ليس له أن يدق بابه بعد مدة و يطلب ذلك بل يعد العقلاء من المجانين لو فعل ذلك وعلى تقدير تسليم اعتبار القربة فى الوقف فهو من القبيل الثّانى دون الاوّل وعليه فلا مانع من جعل الخيار فى الوقف مع قطع النّظر عن كون التأبيد فيه مانعا عن جريان الخيار فيه على أنا قد استشكلنا فى اعتبار القربة فى الوقف تبعا للمصنف و قلنا انّه لا دليل عليه كما عرفت .

و أما الصلح فان کان لقطع الخصومة فلا بأس لجعل الخیارفیه فان مرجع جعل الخیار فیه هو تقیید المنشأ و تحدیده بعدم الفسخ و من الواضح أنّه لا بأس لقطع الخصومة الی زمان خاص ولوصرح أحد المتخاصمین أو کلیهما بذلک فهل فیه محذور .

و ان کان الصلح لاسقاط الدعوی فیکون ذلک مثل الابراء فلإن لکل شخص أن یدعی علی أخیه المسلم و غیره من حقه و یحضره عند الحاکم للمحاکمة و له حق الاحضار عنده و لیس للمدّعی علیه الاباء عن ذلک بوجه فاذا اسقط حقه هذا بالمصالحة فیکون ذلک مثل الابراء و علیه فیکون جعل الخیار فیه منافیا لمقتضی الصلح کما هو واضح فان معنی الاسقاط هوعدم بقاء حق للمدّعی علی المدعی علیه فیما ادّعاه وأنه سقط الا اذا ادّعی حقا آخرغیر الساقط والشئ بعد سقوطه لا یرجع الی حالته الاولیة و الحاصل معنی السقوط والابراء هو فراغ ذمة من علیه الحق من الحق الی الابد فاشتراط التوقیت فی ذلک مناف لذلک فلا یکون ح اسقاطا و ابراء کما لا یخفی .

و أما الضّمان و هوعند الخاصة عبارة عن انتقال الدین من ذمّة المدیون الی ذمة الضّامن فیکون ذمة المدیون بریئا و یکون ذلک ایضا مثل الابراء کما هو واضح .

و أما الرّهن فقد یقال بکون جعل الخیار فیه منافیا لمقتضی الرهنیة فان الرهن وثیقة و کون المرتهن علی اطمینان من دینه فجعل الخیار فیه ینافی الاطمینان .

و فیه أن الرّهن و ان کان وثیقة الا انه وثیقة للدین و معنی کونه وثیقة للدین هو وصله به أی أن الرّهن متّصل به و لذا یقال وثیقة للدین

أى مشدود به فيحل عند أداء الدّين و أخذ الوثيقة بمعنى الاطمينان لسهو بل الاطمينان من لوازم الوثيقة و الا فمعنى الوثاقة فى اللغة هو الشد و منه قوله تعالى فشدّوا الوثاق اما منا بعد و اما فداء أى شدوا وصالكم و عهدكم و من هنا يقال للشخص الذى أمين انه موثق أى أنّه لا- تجر فى اخبار و لا تردّ بل خبره متّصل باعتقاده و ليس كاذبا فيه و لذا يطلق الاعتقاد على وثاقه القلب بشئ و يقال اعتقد عليه و ليس له تردّد ليقدم رجلا و يوخر أخرى كما هو واضح وعليه فلا مانع فى جعل الخيار فى الرّهن فيه أيضا اذ لا تنافى فيه بمقتضى الرّهن اصلا فانّه مع جعل الخيار فيه أيضا فالرهن متّصل بالدين و بعد الفسخ يبقى الدين كحال لا رهن فيه فلا مانع فى ذلك مع اقدام المرتهن عليه بنفسه •

و كيف كان فالضابط الكلى فى جعل الخيار فى عقد أو ايقاع هو عدم منافات الخيار بمفهوم العقد وعدم كونه مخالفا لعموم دليل ذلك العقد أو اطلاقه كما عرفت فى النكاح بل و كونه موافقا للعموم أو الاطلاق الدال على صحة هذا العقد كما عرفت •

ثمّ انّه ذكر المصنّف عدم جريان الخيار فى االمعاطاة بدعوى أن المعاطاة انّما هى بالتراضى الفعلى و من الواضح أن الشرط الذكرى لا يرتبط بالتراضى الفعلى و هو واضح •

و لكن يرد عليه أن التراضى أمر قلبى و انّما يحصل فى أفق النفس و يحصل ارتباط كل من الشرط و المشروط فى ذلك الصقع و انّما المبرز مختلف و مع اختلافه يبرز شيئا واحدا فعدم ارتباط اجزاء المبرز بعضها ببعض لا يستلزم عدم ارتباط بعض أجزاء المبرز بعضه ببعض وعلى الجمله فالبيع مثلا عبارة عن اظهار ما فى النفس من الاعتبار بأى مبرز كان فكما

لا يفرق فى كون أصل مبرزا المعتبر النّفسانى بين أىّ مبرز و كذلك لا يفرق بين ما كان مبرز أصل الاعتبار النّفسانى فعلا و بين ما كان مبرز ما يعتبر فى أصل المعتبر النفسانى من الشروط قولا كما هو واضح ·

فما ذكره المصنف من عدم ربط الشرط القولى بالمراضاة الفعلية لا يمكن المساعدة عليه فانك قد عرفت ان المناط فى ارتباط الشرط بالمشروط هو فى عالم الاعتبار و أما فى عالم الابراز فلا يلزم ربط جميع أجزاء المبرز بعضه ببعض و هذا واضح جدا كما لا يخفى فافهم ·

(فى خيار الغبن)

قوله الرّابع خيار الغبن : أقول : من جملة الخيارات الثابتة فى المعاملات خيار الغبن و هو بمعنى الخديعة ، و لكن تحقق خيار الغبن فى البيع و نحوه لا يتوقف على صدق الخديعة بل يجرى ذلك فى بعض الموارد مع عدم تحقق الخديعة كما اذا كان البايع و المشترى كلاهما جاهلين بالغبن أى التفاوت ·

ثمّ انه انّما يلاحظ الغبن بالنسبة الى جميع القيود والشرائط التى اعتبرت فى العقد فانّه لا شبهة أن قيمة المبيع تختلف باعتبار الطوارى و العوارض و القيود و الشروط و قد يكون ثمن شئ خمسين دينارا و يكون مع الشرط ثلثين دينارا فهذا التفاوت لا يكون غبنا و خديعة بداهة تفاوت القيمة بالخيار وعدمه نعم يلاحظ النقصان و الزيادة بالنسبة الى مجموع المبيع و الشروط و القيود و هو واضح ·

ثمّ انه قد اعتبر الفقهاء رضوان اللّه عليهم شرطين فى تحقق الغبن الاوّل : أن يكون المشترى جاهلا بالقيمة السوقية و اشترى المبيع باكثر ما يسوى فى السوق و أما علم البايع فانها هو شرط فى تحقق الخديعة

والا فالغبن يتحقق بجهل المتبايعين أيضا ثمّ انّه قد يكون الغبن فى الثمن فيشترط فيه جهل البايع بقيمة الثمن اذا كان من غير النقد وهذا نادر والغالب هو الاول ·

الشرط الثّانى : أن يكون ما أخذه الغابن من زيادة القيمة بما يتسامح كأن كانت قيمة العين خمسين دينارا فباعها من المشترى بمائة دينار فانه لا شبهة فى تحقق الغبن هنا فان الزيادة ح ليس بما يتسامح وأما اذا كان الاقدام بالزيادة بعلم من المتبايعين معا او كانت الزيادة بما يتسامح بأن باع ما يسوى بخمسين دينارا بأحد وخمسين دينار فانّه لاخيار للمشترى اذ لا يتحقّق الغبن بزيادة الدينار فيما يسوى بخمسين فى السوق ولعل هذا المقدار من التفاوت كان من جهة التفاوت فى الاسواق فان قل متاع يكون قيمته فى جميع الاسواق وفى جميع الدكاكين واحدة بل المتاع واحد تختلف قيمته بحسب الدكاكين والاسواق مع كون المتاع واحد فى جميع الخصوصيات من حيث الجودة ونحوها كما لا يخفى ، ونتعرض لوجه هذين الشرطين قريبا ·

ثم انّه لا شبهة فى ثبوت هذا الخيار فى الجملة بل ادعى بعضهم الاجماع عليه ، ولكن انكر المحقق هذا الخيار لعدم كونه منصوصا وقد استدل العلامة فى التذكرة على ثبوت هذا الخيار بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض بدعوى أن المعاملة الغبنية ليست تجارة عن تراض اذا علم المغبون بالحال لم يرض بها اصلا وحيث ان ماكان مفقودا اعنى التّساوى فى المالية انّما هو وصف من أوصاف المبيع الذى هو قيد له وليس من الأركان ففقدانه لا يوجب البطلان بل يوجب الخيار كما هو واضح ·

وقد ناقش المصنف فى ذلك صغرى وكبرى أمّا الصغرى فلان كون العوضين متساويين فى المالية ليس الا من قبيل الدّاعى ولا شبهة ان تخلف الدّاعى لايوجب الخيار .

ثمّ ناقش فى الكبرى بأنّه لو سلّمنا أن أخذ ذلك فى المبيع على وجه التقييد ولكن تخلفه لايوجب الخيار فانّه ليس من الاوصاف المذكورة فى ضمن العقد فلايوجب تخلفه الخيار بوجه أصلا .

أما الاول فيرد عليه أن تخلف الدّاعى وان كان لا يوجب الخيار اصلا كما اذا اشترى متاعا بداعى الضّيافة فلم يفعل الضّيافة فان تخلفه لايوجب الخيار أصلا لكون الدواعى كلها غريبة عن العقد فتخلفها لا يستتبع شيئا ، ولكن المقام ليس كك اذ الدواعى هى تصور الغايات ليبعث الى ايجاد العمل فى الخارج ولايعقل أن يكون ذلك قيدا فى العمل الموجود فى الخيار وهذا بخلاف المقام فان البناء على تساوى العوضين فى المالية مأخوذ فى العقد أخذ وصفا ضمنيا فى العقد فيكون على وجه التقييد فان تعين بنى آدم موقوف على تبديل الاموال وبناء المتعاقدين على تساوى العوضين فى المالية فيناط التبديل بالتساوى وحيث كان هذا البناء نوعيا بحسب العرف والعادة جرى نفس اجراء العقد بين العوضين مجرى اشتراط تساويهما فى المالية فلا يكون ذلك الا كالشرط المذكور صريحا وكيف يكون من قبيل الدواعى .

وأما ما ذكره من المناقشة فى الكبرى من أن الشرط اذا لم يذكرفى متن العقد فلا يكون تخلفه موجبا للخيار ففيه أن عدم الذكر انّما يوجب عدم الخيار مع التخلف اذا لم يكن فى حكم الذكر وأما اذا كان مأخوذا فيه ضمنا وبالدلالة الالتزامية فلا شبهة فى انه بمنزلة أخذه فى العقد

صريحا ٠

و بعبارة اخرى أن الشروط ابتدائية و ان لم تكن واجبة الوفاء و لا يكون تخلفها موجبا للخيار و لكن اذا قامت قرينة على اعتبار وصف فى المبيع و ان لم يكن مذكورا فى متن العقد فيكون ذلك مثل المذكور و من الواضح أن بناء العرف و العقلا و ارتكازاتهم على اعتبار تساوى المالية فى تبديل العوضين و هذا بمنزلة الصغرى و حيث ان ذلك من المقومات للعقد و من أركانه كما اذا باع عبدا فطهر حرا أو باع ذهبا فظهر مذهّبا فيكون تخلفه موجبا للخيار و هذا بمنزلة الكبرى فقد ثبت أن تخلف الشروط الضمنية موجب للخيار و من ذلك تساوى العوضين فى المالية ٠

و قد ثبت فى بعض الموارد أن تخلف الشرط الضمنى الذى اعتبر فى العقد بحسب الارتكاز و بالقرائن الحالية يوجب الخيار منها اعتبار نقد البلد فلو باع و اعطى المشترى غير نقد البلد ثبت للبايع خيار تخلف الشرط الضمنى ٠ و منها اعتبار التّسليم فلو لم يسلم المشترى الا فى وقت يشاء نفسه فلم يشك أحد ثبوت الخيار للبايع و ليس للمشترى ان يقول ان العقد لازم لدليل الوفاء به و نعطى الثمن فى أى وقت نريد و نظائر ذلك كثيرة فى الفقة و قد اعترف المصنف به ايضا و على هذا فما ذكره العلامة فى غاية الجودة و المتانة مع قطع النظر عن الاية ايضا ٠

و الحاصل أن مقتضى بناء العقلاء و ارتكازاتهم هو تساوى المالية فى العوضين بحسب العادة ولو كان التفاوت فى ذلك لا بدّ وأن يكون مما يتسامح و يكون اعتبار التساوى فى المالية مشروطا فى ضمن العقد و منوطا به و هذا مما لا شبهة فيه بحسب الصغرى و أما الكبرى فهو ثبوت الخيار مع تخلف الشرط الضمنى و الذى يكون دليلا على ثبوت خيار

الغبن هذا ليس الا كما لا يخفى ٠

وقد استدل على مشروعية خيار الغبن وثبوته بآية النهى عن اكل المال بالباطل بوجهين الاوّل : ما ذكره المصنف وحاصله أن المعاملة التى وقع فيها غبن قد لا يلحق بها العلم بالتبين ولم يظهر الغبن فيها بعد وقد تبين الغبن فيها وهو على قسمين لانه قد يكون التبين قبل الرضا بالعقد وقد يكون التبين فيها بعد الرضا بالعقد : أما اذا كان راضيا بالمعاملة بعد تبيّن الغبن فلا شبهة فى صحة المعاملة ح فانه لا يكون فيها ما يمنع عن صحته ولا يكون اكلا للمال بالباطل لانّه تجارة عن تراض وأما اذا كان التبيّن قبل الرضا بالعقد فتكون المعاملة اكلا للمال بالباطل اذ االمشترى لم يرض بذلك فيكون اكلا للمال بالباطل وأما اذا كان قبل تبيّن الخدع فى المعاملة فذكره أن مقتضى الآية وانكان حرمة الاكل حتى قبل التبيّن الا أنه خرج بالاجماع وبقى مابعد اطّلاع المغبون وردّه للمعاملة ٠

اقول يرد عليه أولا أن مقتضى التّمسك بالآية فى المقام هو بطلان العقد وانفساخه بمجرّد ظهور الغبن فيه من غير أن يثبت للمغبون خيار الفسخ فانّه بمجرّد ظهور الغبن فيها قبل الرّضا بذلك يشمل عليه قوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل فيحكم ببطلانه لان اكل المال بالباطل حرام وضعا وتكليفا ولا يحتاج بطلانه الى الفسخ مع أن الفقهاء رضوان الله عليهم ذكروا ان المغبون بعد ظهور الغبن فى المعاملة مخيّر بين الفسخ والامضاء ٠

وثانيا : أنه لا وجه لاخراج ما قبل تبيّن الخدع عن الآية بالاجماع بحيث انّه لولا الاجماع كانت الآية شاملة له ولكن الاجماع اوجب —

التخصيص و ذلك اذ بعد شمول الآية بالمعاملة و حكمها بكونها اكلا للمال بالباطل و حراما وضعا و تكليفا لا معنى للتخصيص فهل يتوهم أحد أن أكل المال بالباطل حرام الا فى المورد الفلانى فانه مع كونه اكلا للمال بالباطل جائز و هذا لم يلتزم به فقيه ٠

و ثالثا : أنه لا يفرق فى شمول الآية و حكمها بالبطلان بين ظهور الغبن و عدمه مع عدم الرّضا بالمعاملة الغبنية أى على كل تقدير فان الآية انّما فصلت بين الاسباب الصحيحة و الاسباب الباطلة و نهى عن المعاملة بالاسباب الباطلة و فصل بينهما كما مر مرارا و تكون الآية ناظرة الى اسباب المعاملات ، وعليه فلا يفرق فيه بين تبيّن الغبن قبل الرضا أو بعده ففى جميع الصور الثلثة يحكم بصحة المعاملة لكون سببها تجارة عن تراض كما هو واضح ٠ و من هنا ظهر انه لا معارضة بين حرمة الاكل بالباطل و بين تجارة عن تراض ٠

الوجه الثانى : ما ذكره شيخنا الاستاذ بان الرضا الحاصل من المتعاملين بالمعاملة حين ايجادها انّما هو الرّضا بمعنى الاسم المصدرى الذى له بقاء فيكون رضى موجودا حدوثا و بقاء فما لم تبين الغبن تكون المعاملة تجارة عن تراض و مشمولة للمستثنى اعنى قوله تعالى الا ان تكون تجارة ، من غير ان نحتاج فى تصحيح ذلك الى الاجماع ليكون ذلك تخصيصا و بعد ظهور الغبن مع عدم رضى المغبون بالعقد يكون مشمولا للمستثنى منه فيحكم بالبطلان و هذا معنى ثبوت الخيار للمغبون ٠

و فيه انه يردّ عليه ما أوردناه اولا على المصنف من أن لازم ذلك بطلان العقد بنفسه من غير أن يحتاج الى الفسخ اصلا كما لا يخفى مع أن الفقهاء لم يلتزموا بذلك ٠

وثانيا : أن المراد من التجارة هو المعنى المصدر الذى وجود حدوثا دون المعنى الاسم المصدرى الذى له بقاء والا فلازم ذلك أن يكون له الفسخ فيما اذا ترقت القيمة السوقية فان البايع ليس براض بكون العين للمشترى بعد ما ترقت القيمة كما اذا باعها بدينار ثمّ صارت بدينارين .

وقد استدل على ثبوت هذا الخيار ايضا بالنبوى الدال على ثبوت خيار الغبن للبايع فيما اشترى فى تلقى الركبان وليس ذلك الامن جهة الغبن ولا يفرق فى ذلك بين الموارد اصلا فورود الرواية هنالا يدل على الاختصاص بعد القطع بان الخيار للغبن وأن المكارى صار و مغبونين لعلم المتلقين بالسعر وعدم علم المكارين به .

ولكن يرد عليه أنه لم يثبت هذا الحديث ولم يذكر فى الكتب المودعة للرواية وانّما هو مذكور من طرف العامة فلا يعلم كونه رواية اصلا وعليه فلا يجبر ضعفه بالشهرة لو قلنا بانجبار ضعف الخبر بالشهرة كما لا يخفى .

وقد استدل ايضا بقوله (ص) لاضرر ولاضرار فى الاسلام بل ذكر المصنف أن اقوى ما يستدل به على ثبوت هذا الخيار حديث لاضرر ولاضرار فى الاسلام بدعوى أن لزوم هذه المعاملة وعدم تسلط المغبون على الفسخ ضرر عليه واضرار به فيكون منفيا لان الشارع لم يحكم بحكم ضررى اصلا ولم يسوغ اضرار بعض المسلمين ببعض .

ولكن اشكل عليه بوجهين الاول : عن صاحب الكفاية بان غاية ما استدل عليه الرواية هو رفع اللزوم وأما ثبوت الخيار بحيث يكون للمغبون حق ثابت فى العقد فلا فلماذا لايكون الجواز هنا جواز حكميّا نظير الجواز

فى الهبة و أما ثبوت الحق له بحيث يكون له حق الاسقاط أو انتقاله الى الورثه بعد الموت و نحو ذلك فلا يستفاد من الرواية و الحاصل أن دليل نفى الضرر ناظر الى رفع اللزوم الذى نشأ منه الضرر و أما اثبات حق يترتب عليه حكمه فلا يتكلفه دليل نفى الضرر كما هو واضح و يكون الثابت خصوص الجواز الحكمى فقط نظير الجواز فى الهبة فلا يكون للمغبون حق الاسقاط و حق المصالحة عليه و لا ينتقل الى الوارث ·

و فيه انك قد عرفت مرارا انه لا فرق بين الجواز الحكمى و الجواز الحقى بل هما من جنس واحد و حقيقة واحدة و قد جعلها الشارع لاحد المتعاقدين أو كليهما فى موارد خاصة غاية الامر قد اعطى السلطنة فى بعض الاحيان لاحدهما بحيث ترتب عليه جميع آثار الحق الادمى من الانتقال و النقل بأى نحو كان و لم يرتب عليه ذلك فى بعض الموارد كما فى الهبة، حيث أنه ليس للواهب غير حق الرجوع الى المتهب ·

وعليه فان دليل نفى الضرر انما رفع اللزوم الذى يلزم الضرر من قبله فيكون المرفوع من اللزوم مقدارا يرتفع به الضرر و ح فيكون الخيار فوريا عرفيا بحيث لو لم يعمل خياره من الفسخ و الامضاء لسقط خياره فيعلم من ذلك انه من الحقوق فيسقط باسقاط ذى الخيار أيضا ودعوى ثبوت الجواز الذى يكون ثابتا الى الابد نظير الجواز فى الهبة يحتاج الى العناية الزايدة فلا دلالة فى دليل نفى الضرر عليه ·

و اذا ثبت كون الجواز الثابت هنا مما يكون اختياره بيد المغبون فله ان يصالح عليه بالمال، و اما انتقاله الى الورثه فلا يتكفله دليل نفى الضرر بل لا بدّ من مقدمة خارجية لان عدم انتقال مقدار من مال المورث الى الورثة ليس ضررا عليهم بل يقل نفعهم بذلك فلا يشمله دليل نفى

الضرر فنقول انه ورد فى بعض روايات الوصية انه لا يجوز للمورث الايصاء على المال بأزيد من الثلث لانه اضرار للورثة فيعلم من ذلك أن الورثة وجود تنزيلى للمورث و قائم مقامه فيكون الغبن على المورث غبنا على الورثة فيكون الخيار الثابت له بدليل نفى الضرر ثابتا للورثة ايضا كما هو واضح ·

و ايضا يردّ على صاحب الكفاية ثانيا : انّه لا شبهة فى جواز المعاملة اسقاط جميع الخيارات بأنه اقدام على المعاملة على متاع على أى نحو كان فى الواقع بحيث لو كان المبيع يسوى فى الواقع بدينار واقدم المشترى على شرائه بخمسين دينار على أى نحو كان فى الواقع بحيث غرضه نفس هذا الشيئ لا شبهة فى صحة هذه المعاملة و عدم ثبوت الخيار له بوجه و أوضح من ذلك لو أقدم على ذلك مع العلم بأنه لا يسوى فى الواقع الا بدينار فاذا صح اسقاط الخيار فى الحدوث صح اسقاطه بقاء بالاولوية كما هو واضح لا يخفى ·

و قد أجاب عن ذلك شيخنا الاستاذ بجواب آخر و هو أنه لو كان اعتبار التساوى بين الاموال من الشروط الضمنية فالاستدلال بلا ضرر فى محله لان مفاده أن الحكم الذى ينشأ منه الضرر مرفوع و الحكم بلزوم العقد مع عدم التزام المغبون بالغبن ضررى عليه لانه و ان جهل بالغبن واقدم بما فيه الضرر الا انه حيث شرط التساوى فهو بالشرط يملك على المشروط عليه حقا فاذا تخلف الشرط يكون كسائر الشروط المتخلفة التى يوجب تخلفها أو تعذرها الخيار ·

و أما لو كان اعتبار التساوى من الامور البنائية أو الدواعى التى لا اشارة فى العقد اليها بنحو من الانحاء لا مطابقة و لا التزاما فلا وجه

للاستدلال بلا ضرر لاثبات الخيار فان الضرر لم ينشأ من حكم الشارع باللزوم بل انّما نشأ من اقدام المشترى أو البايع بذلك ولوكان اقدامه عن جهل فانه حيث تخيل التساوى بين المالين فاقدم عليه فلا يكون ما أقدمه عليه مشمولا لدليل نفى الضرر فلوكان مجرّد الجهل يكون اقدامه ضرريا لحكم بعدم الضمان بدليل نفى الضرر فيما لو اقدم أحد على اتلاف مال غيره جهلا مع أنه لاشبهة فى الضمان ح لانه اقدم على اتلاف مال غيره فيكون ضامنا والحاصل أن مجرّد الجهل لايكون مانعا عن كون الاقدام على الضرر عن ثبوت الضمان و سببا لشمول دليل نفى الضرر عليه فهو واضح ٠

والجواب عن ذلك أما عن نقضه بباب الضمانات فهو اجنبى عن المقام فان دليل نفى الضرر لايشمل ذلك فانه على خلاف الامتنان فان شموله له يوجب الضرر على المالك و قد ذكرنا فى محله أن حديث لاضرر لايشمل الموارد التى على خلاف الامتنان كما أن بقية أدلة الرفع لاتشمل الموارد التى على خلاف الامتنان و هو واضح ٠

وعلى الجملة نفى الضرر عن المتلف لمال الغير غفلة بحديث لاضرر يوجب الضرر على المالك فيكون على خلاف الامتنان و قدحقق فى محله أنه لايشمل موارد خلاف الامتنان ٠

وأما المقام ولو قلنا بعدم الشرط الضمنى بكون القيمتين متساويتين ومع ذلك لايوجب الاقدام على هذه المعاملة التى معاملة غبنية اقدامه على الضرر حتى لايثبت له خيار الغبن و ذلك لان المشترى مثلا انّما أقدم عليها باعتقاد أن قيمة العين متساوية مع الثمن وان لم يكن التساوى فى القيمة ماخوذا فى ضمن العقد وعليه فلو لم يكن العقد لازما لم يتضرر

المغبون فيفسخ العقد و لكن حيث حكم الشارع بلزوم العقد فيأتى الضرر من قبل حكم الشارع باللزوم و يكون مرتفعا بدليل نفى الضرر كماهو واضح

و على الجملة فحيث ان المغبون انّما أقدم على المعاملة باعتقاد التساوى مع عدم تساوى القيمتين فى الواقع فالزامه على ذلك ضررى عليه فيكون مرفوعا بحديث لاضرر.

ثمّ انه ناقش المصنف فى الحديث بانّه يمكن رفع الضرر من غير ثبوت الخيار بوجهين الاول : أن انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل فى العقد لايستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرّد و الامضاء بكل الثمن اذ يحتمل ان يتخيّر بين امضاء العقد بكل الثمن ورده فى المقدار الزائد غاية الامر ثبوت الخيار للغابن لتبعض المال عليه و يكون ذلك مثل ما اختاره العلامة فى التذكرة و احتمله فى القواعد من أنه اذا ظهر كذب البايع مرابحة فى اخباره برأس المال فبذل المقدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشترى فان مرجع هذا الى تخيير البايع بين رد التفاوت و بين الالتزام بفسخ المشترى .

و يرد عليه أنه لا وجه لكون المغبون مخيرا بين امضاء العقد بكل الثمن و رده فى المقدار الزائد فان الالتزام بالتقسيط انّما يصح اذا أمكن الالتزام بالانحلال و يقال بكون البيع الواحد منحلا الى بيوع عديدة كبيع مالا يملك مع مايملك كالشاة مع الخنزير وكبيع مال نفسه مع مال غيره فان فى أمثال ذلك يلتزم بصحة البيع فيما يملك أو فى المملوك و ببطلانه فى ما لا يملك وغير المملوك غاية الامر يثبت للمشترى خيار تبعض الصفقة لو كانت الهيئة الاجتماعية دخيلة فى المالية و الا فلا يلزم محذور اصلا و الوجه فيه هو أن البيع و ان كان واحدا و لكنه بحسب الحقيقة بيوع

متعددة حسب تعدد المبيع و هذا واضح .

و أما فى المقام لايمكن ذلك لعدم الانحلال هنا حتى يلتزم برد بعضه و امضاء بعضه الآخر لان المبيع هنا واحد و البيع واحد و قد وقع البيع على المثمن بثمن خاص و هو دينارين مثلا و قدكان ثمنه فى الواقع دينارا واحدا فلو التزمنا بما ذكره المصنف و قلنا بجواز رد التفاوت للزم القول بامضاء الشارع غير ما انشأه المتعاقدان فان البايع أنشأ بيع ماله بدينارين فامضاء الشارع ذلك بدينار واحد كما هو معنى رد التفاوت و امضاء لما لم ينشأه البايع فلا يكون ما امضاء منشئا و ما يكون منشئا ليس بممضى و كم فرق بين المقامين .

و أما ما ذكره من تنظير المقام ببيع المرابحة من أنه مع كذب البايع فى اخباره برأس المال بأن أخبر أنه دينار اخبار بربح نصف دينار فظهر أنه كان نصف دينار فربح دينارا فايضا لايرتبط بالمقام و ذلك فان فى المقام قد انشأ البيع على مبيع جعل ثمنه دينارين فالالتزام بكونه دينارا التزام يكون ما انشأه الشّارع غير منشأ كما عرفت و ليس كذلك فى بيع المرابحة فان المعاملة قد جرى على المتاع بثمن اشتراه البايع واقعا مع ربح معلوم فظهور كذب البايع فى اخباره برأس المال و جواز رجوع المشترى الى التفاوت لايوجب الالتزام بكون الممضى غير المنشأ بل هو فى الحقيقة رجوع الى الزائد من الثمن الذى أخذه البايع من المشترى .

و بعبارة اخرى أن البيع فى بيع المرابحة انّما وقع على الثمن الذى اشترابه البايع من شخص آخر مع ربح معلوم و هما ثمن فى الواقع و تطبيقه على الزائد عن ذلك من جهة كذب البايع فى اخباره فيكون نظير خطائه فى الاخبار فيكون ذلك من باب الخطاء فى التطبيق فلايجوز

رجوعه بالتفاوت هنا بالبيع أصلا نعم يكون المقام نظير بيع المرابحة لو قال البايع للمشترى انّما ابيعك هذا المتاع بالقيمة السّوقية وهى دينارين مع كونها دينارا واحدا .

ثمّ انّه ذكر المصنف احتمالا آخر لعدم ثبوت الخيار بدليل نفى الضرر بدعوى أنه يمكن أن يكون نفى اللزوم بتسلط المغبون على الزام الغابن بأحد الأمرين من الفسخ فى الكل و من تدارك مافات على المغبون برد القدر الزائد أو بدله و مرجعه الى أن للمغبون الفسخ اذا لم يبذل الغابن التفاوت فالمبذول غرامة لما فات على المغبون على تقدير امضاء البيع لا هبة مستقلة كما فى الايضاح و جامع المقاصد .

و يرد عليه أنه لا ملزم لذلك فانه بعد صحة البيع كما هو المشهور بل المجمع عليه حيث لم يستشكل أحد فى هذا البيع فبأى ملزم يغرم البايع فهل هنا موجب للضمان و الغرامة من اليد و الاتلاف غاية الأمر أن للمشترى مطالبة التفاوت من القيمة المتعارفة و أما قبل المطالبة فلا شئ للبايع أى الغابن أصلا ، افرض أن المغبون لم يلتفت بالغبن حتى مات فهل يتوهم أحد أن يكون البايع مشغول الذمة للمشترى المغبون او يكون البيع باطلا و كيف كان فلا نعرف وجها للغرامة اصلا . و من هنا التزم الفخر و المحقق الثانى و شيخنا الاستاذ بكون المأخوذ هبة مستقلة لعدم ارتباطه بالمعاملة أصلا و على الجملة لا نعرف وجها لمنع التمسك بدليل نفى الضرر بشئ من هذين الوجهين الذين ذكرهما المصنف .

و الذى ينبغى أن يقال أنه لو جاز التمسك بحديث نفى الضرر فلازمه بطلان العقد لا ثبوت خيار الغبن و ذلك لان الضرر انما يلزم من جهة الحكم بصحة العقد و اللزوم انّما هو لزوم الضرر لا أن الضرر يلزم من

ناحية اللزوم و من الواضح أن دليل نفى الضرر انّما هو ناظر الى رفع الحكم الضررى فقط و لا يكون ناظرا الى اثبات الخيار بدعوى أن الضرر يرتفع برفع اللزوم و ثبوت الخيار، فان حديث لاضرر لا يتكفل باثبات الحكم و انّما هو يرفع الحكم الضررى و هو صحة العقد كما عرفت فيكون العقد باطلا.

و لكن ذلك مخالف للاجماع و الضرورة فانه لو كانت المعاملة الغبنية باطلة لبان و ظهر كظهور حرمة الرّبا فان وجود الغبن فى المعاملات بين المسلمين من الكثرة بمكان مع أنه لم يسمع من فقيه أن يلتزم بذلك فيكون خروج المعاملة الغبنية عن مورد الاجماع بالتخصيص.

على أن حديث نفى الضرر انّما ورد فى مقام الامتنان و من الواضح أن شموله فى المقام بحيث يحكم ببطلان المعاملة الغبنية خلاف الامتنان لأنه ورد فى مقام الامتنان لجميع الأمة و من الواضح أنه على خلاف الامتنان على البايع فان الحكم بكون هذه المعاملة باطلة يوجب ضرره ولو من جهة فوت المنفعة من كيسه فتكون هذه المعاملة خارجة عن حديث لاضرر تخصصا و هو واضح.

ثمّ انّه استدل على بطلان المعاملة الغبنيّة بجملة من الروايات الناهية عن حرمة الغبن و فى بعضها الغبن من السحت و قد ذكرها المصنف فى المتن.

و فيه أن الظاهر من غير رواية عمار المتضمنة لكون غبن المسترسل سحتا هو التحريم التكليفى فلا دلالة فيها على الحرمة الوضعية ويمكن أن يراد منها حرمة الغبن بفتح الباء فيكون من الخيانة فى الرأى و المشاورة فانه من المحرمات فتكون مثل الروايات الدّالة على حرمة خيانة المؤمن.

و أما رواية عمار فذكر المصنف أنها و ان كانت ظاهرة فيما يتعلق بالاموال لكن يحتمل حينئذ أن يراد كون الغابن بمزلة أكل السحت فى استحقاق العقاب على اصل العمل و هى الخديعة فى أخذ المال و يحتمل أن يراد المقدار الذى بأخذه زائد على ما يستحقه بمنزلة السحت فى الحرمة و الضمان و يحتمل ارادة كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزلة السحت فى تحريم الاكل فى صورة خاصة و هى اطلاق المغبون ورده للمعاملة المغبون فيها ثمّ ذكر أن الحمل على أحد الاولين أولى و لا أقل من المساوات للثالث و لكن ما ذكره المصنف من الحملين الاولين بعيد ٠

أقول : لا شبهة أن السحت يطلق على المال الحرم و على نفس الحرام أيضا فى اللغة و من الاول ما ورد فى الروايات الكثيرة التى تقدمت فى المكاسب المحرمة كقولهم (ع) ثمن الخمر سحت و ثمن العذرة سحت و اجور الفواجر سحت و السحت اقسام كثيرة منها الرشوة و هكذا ٠

و من الواضح أن كون الغبن من السحت انّما يلائم المعنى الثانى اعنى نفس الحرام فانه هو الفعل أعنى أخذ الزيادة فى المعاملة و يمكن أن يراد منه الغبن بفتح الباء فيكون المراد منه الخيانة أى الخيانة سحت و قد ورد النهى عن خيانة المؤمن فى روايات كثيرة و كيف كان فتكون هذه الروايات كالروايات الأخرى فلا تكون لها خصوصية ٠

قوله مسئلة يشترط فى هذا الخيار أمران أقول : قد اشرنا فيما سبق الى أنه يشترط فى خيار الغبن أمران الاول جهل المغبون بالتفاوت و الثانى عدم كون التفاوت مما يتسامح أما الاول فلا شبهة فى أنه لا يثبت الخيار مع علم المغبون بتفاوت القيمة وكذا مايقوم مقام العلم من الاطمينان

فانه مع ذلك قد اقدم على الضرر ولا يثبت الخيار له مع اقدامه عليه من دون فرق في ذلك بين ما اذا كان مدرك هذا الخيار هو دليل نفى الضرر او الشرط الضمنى فانهما ينتفيان مع الاقدام على المعاملة مع العلم بالتفاوت ٠

وكذلك لا شبهة فى عدم ثبوت الخيار له اذا لم يعلم بالتفاوت و لم يكن مطمئنا بعدمه بل كان شاكا فيه و محتملا لذلك ولكن يقدم على المعاملة على أى تقدير بمعنى أنه يشترى المتاع سواء كانت قيمته متساوية للقيمة السوقية أم لا بحيث لا يتسامح فانه ح لا يثبت الخيار له اذ هو قد اقدم على الضرر على تقدير تفاوت القيمة و ليس المراد من اقدامه على الضرر اقدامه على المعاملة بان يقال : حيث ان المشترى قد اقدم على البيع فقد أقدم على الضرر المتحقق فيه ايضا و ذلك لان الاقدام بالبيع لا يستلزم الاقدام على الضرر لانه يمكن أن يقدم على البيع الخيارى فاذا شاهد الضرر و الغبن فيه يفسخ المعاملة بل المراد اقدامه على نفى الضرر اى يقدم على المعاملة على تقدير الضرر فيه كما اذا صرح بانى اقدم على هذه المعاملة بأى قيمة كان المبيع فى السوق ولو كان التفاوت بمقدار لا يتسامح فانه لا يكون هنا أيضا خيار للمغبون من الاول مع ظهور الغبن أنه كان له الخيار فيسقط و لا يفرق فى ذلك أيضا بين كون المدرك هو دليل نفى الضرر أو الشرط الضمنى ٠

وقد ذكرنا سابقا أن ثبوت الخيار فى موارد تخلف الشرط انّما هو من جهة انتفاء الملتزم به حيث قلنا ان الوقوف على الالتزام من قبل المشروط له متوقف على وقوف المشروط عليه على التزامه بحيث لا يتخلف الملتزم به عن واقعه و اذا تخلف ثبت له الخيار و أما اذا لم يكن هنا

التزام وملتزم بحيث يتوقف عليه التزام المشترى فلاموضوع لتخلف الشرط أصلا فضلا عن ثبوت الخيار مع التخلف كما لا يخفى .

وفى المقام بعد ما فرضنا أن المشترى انّما اقدم على المعاملة على أى نحو اتفق وبأى قيمة كان المبيع فى السوق فقد أقدم عليها مطلقا بلا توقف وقوفه عليها على تحقق الملتزم به من البايع فلايكون هنا خيار من ناحية التخلف اذ ليس هنا شرط ضمنى حتى يقع التخلف فيه وهو واضح هذا كلّه لا شبهة فيه وانّما الكلام فى ثبوت الخيار وعدمه مع الشّك فى عدم تساوى قيمة المبيع مع الثمن مع الظن الغير المعتبر بالتساوى مع عدم اقدامه على المعاملة على أى تقدير بالمعنى الذى ذكرناه فهل يثبت الخيارح للمشترى أم لا الظاهر أنه لا شبهة فى ثبوت الخيار فى جميع صور الشّك من غير فرق بين كون المدرك هو دليل نفى الضرر أو الشرط الضمنى وفاقا للمصنف ولشيخنا الاستاذ .

والوجه فى ذلك أن المشترى لم يقدم على الضرر حتى مع الظن بالتساوى بل معتمدا على الشرط الضمنى وهو تساوى العوضين فى القيمة ولذا ربما يبنى على الفسخ مع ظهور عدم التساوى فالاقدام على المعاملة مع ظن التساوى والشك أو الاحتمال فى عدم التساوى يثبت له خيار الغبن مع الغبن سواء كان المدرك هو دليل نفى الضرر أوالشرط الضمنى .

بل الامر كذلك مع الظن بالتفاوت اذا لم يكن الظن معتبرا فان ذلك كلّه لا يوجب أنه قد أقدم على الضرر فانه مع ذلك يحتمل عدم الضرر ويقدم عليه وعليه فالشرط الضمنى أعنى اشتراط تساوى العوضين فى المالية موجود فيثبت الخيار مع التخلف وكذلك يجرى دليل لاضرر

بناء على كونه دليل ذلك الخيار · ولا شبهة أن بناء العقلاء وارتكازهم على هذا حتى من غير المتشرعة ولذا يثبت هذا الخيار فيما اذا عامل يهودى مع نصرانى فغبن احدهما الآخر فانه يثبت خيار الغبن فى ذلك فان بناء العقلاء كان موجودا على تساوى العوضين وان لم يذكر صريحا فمع التخلف يثبت الخيار ما لم يقم دليل معتبر على خلاف بناء العقلاء ومن الواضح أن الظن بالتفاوت أو احتماله أو الشك فيه لا يقاوم بناء العقلاء ولا يكون قرينة لرفع الشرط الضمنى ولا يصح اقدام هذا الشخص على الضرر بمجرّد ظنّه وشكّه ووهمه وهو واضح لا شبهة فيه ·

نعم قد يكون الاقدام على الفعل مع الشك والاحتمال مصححا للوم والذم بل الضمان ويحكم عليه بالمؤاخذة فى المحاكمات العرفية فيما اذا كان الفعل مما اهتم الشارع بعدم وقوعه بحيث يكون المورد مورد الاحتياط لكثرة اهتمام الشارع بالحفظ كما اذا رئى احد شبحا من بعيد وشك فى كونه انسانا أو غير انسان أو احتمل كونه انسانا فارسل اليه بندقه فقتله فبان أنه انسان محقون الدم فانه يذم فى المحاكم العرفية بلا شبهة بل يعزر لو لم يحد ويقتل قصاصا ويؤخذ منه الدية وكذا لو أوقع أحد بالماء مزاحا بزعم أنه ليس بعميق مع احتمال كونه عميقا يغرق الواقع فيه اذا لم يحسن السباحة وعلم الموقع أن من أوقعه عليه لا يحسن السباحة فانه لا شبهة فى كونه مؤاخذا ح فى المحاكم العرفية وان لم يؤخذ فى المحكمة الشرعية نعم يترتب عليه حكم القتل الخطئى والوجه فى ترتب الضرر على الاقدام مع الشك والاحتمال فى أمثال ذلك كون الموارد مما اهتم الشارع بحفظه وكونه مما يجب فيه الاحتياط ولذا يترتب عليها الحكم مع الاقدام فى حال الشك ايضا وهذا بخلاف ما نحن فيه كما عرفت ·

و الحاصل أنه فرق بين المقام و بين الموارد المذكورة فان فى الموارد المذكورة قد تنجز الواقع فلا يجوز الاقدام عليها الا مع وجود المعذر و الحجة الشرعية من الامارات و الاصول و الا فمجرّد احتمال ترتب قتل النفس المحترمة على الفعل يتنجز التكليف و يحكم بعدم الجواز و هذا بخلاف المقام فان الواقع لم يتنجز فالشرط الضمنى موجود ما لم يقم دليل على رفع اليد فمقامنا عكس الموارد المذكورة حيث ان الاقدام على الضرر لا يتحقق الا مع قيام دليل شرعى عليه فاذا أقدم على معاملة ولو مع ظن عدم التساوى لا يوجب ذلك رفع اليد عن الشرط الضمنى لعدم كون الظن حجة شرعية .

ثمّ انّه لو اعتقد المشترى عدم كون قيمة هذا المتاع مساويا مع القيمة السوقية و مع ذلك قد اقدم عليه و ظهر التفاوت بازيد مما اعتقده فهل يتحقق خيار الغبن فى ذلك أم لا فصور المسئلة أربعة الاولى أن يكون ما اعتقده من زيادة بما يتسامح و مع ذلك أقدم عليه ولم يعرض عنه لزعم عدم اتحاد قيمة الامتعة فى الاسواق فانه فلما يوجد شئ تتحد قيمته فى الأسواق بل الدكاكين فى الأسواق مختلفة فان بعض الناس يأخذ الربح الكثير و بعضهم يقنع بالقليل لقلة مخارجه أو قلة طمعه أو كثرة منافعه و بعضهم لا يقنع بالقليل لعكس الأمور المذكورة فاذا عامل مع هذا الاعتقاد لعلمه هذا باختلاف قيم الاشياء فظهر التفاوت بازيد مما اعتقده بما لا يتسامح بأن اشترى شيئا بدينار مع اعتقاده بكون قيمته أقل من الدينار بدرهم و مع ذلك ظهر التفاوت باربع مأئه فلس ومن الواضح أن الدرهم فى الدينار مما يتسامح و لكن الثلث مأئة و خمسين مما لا يتسامح .

الصورة الثانية : أن يعتقد التفاوت بما لا يتسامح فظهر التفاوت

أزيد منه بما لا يتسامح أيضا كما اذا اعتقد أن قيمة المبيع عشرة دنانيرفى السوق و اقدم على شرائه بأربعة عشر دينار فظهر أن قيمته لا يسوى الّا ستة دنانير فانه لا شبهة فى ثبوت خيار الغبن فى هذين الصورتين بلا شبهة لان ما اقدم عليه من الضرر غير الضرر الذى لم يقدمه و من الواضح أن ما لم يقدمه ضرر غير متسامح فيوجب خيار الغبن و لا يفرق فى ذلك أيضا بين القول بأن مدرك خيار الغبن هو الشرط الصمنى أو دليل نفى الضرر كما هو واضح ٠

الثالثة أن يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد ممّا لا يتسامح بالمجموع منه و من المعلوم و قد ذكر المصنف و شيخنا الاستاذ أنه يثبت الخيار فى هذه الصورة أيضا فان ما اقدمه المغبون و ان كان مما يتسامح كالدرهم فى الدينار و الوجه فيه أن ما اقدمه و ان كان مما يتسامح به ولكن المجموع ليس مما يتسامح به و لم يقدم عليه المشترى فيكون التفاوت بذلك موجبا للخيار و بعبارة أخرى أن ما اقدمه من الضرر الذى يتسامح به لم يلاحظ بشرط لا بحيث يلاحظ ما يظهر من التفاوت الذى لم يقدم عليه ممّا يتسامح أيضا بشرط لا و هكذا حتى يجرى عليه حكم ما يتسامح بل المراد ممّا أقدم عليه مما يتسامح يلاحظ لا بشرط فاذا انضم الى تفاوت آخر الذى لم يقدم عليه مع كونه ممّا يتسامح يكون المجموع ممّا لا يتسامح وهو ضرر لم يقدم عليه المغبون فيثبت له الخيار من غير فرق بين كون المدرك هو دليل نفى الضرر أو الشرط الضمنى كما هو واضح و لولا ذلك للزم عدم ثبوت الخيار على هذا النحو ٠

الرابعة : الاقدام على ما لا يتسامح فبان أزيد بما يتسامح به منفردا فذكر المصنف ثبوت الخيار هنا أيضا و لكن شيخنا الاستاذ قوى

عدم ثبوت فی هذه الصورة و ذکر أنه لا یقاس علی الصورة الاولی لأن فی الصورة الأولی موجب الخیار و هو المجموع لم یقدم علیه و ما اقدم علیه لم یکن موجبا للخیار و فی المقام أقدم علی ما یوجبه و ما لم یقدمه لا یکون موجبا للخیار.

و لکن الظاهر ثبوت الخیار فی هذه الصورة أیضا و ذلك لان ما اقدمه مما لا یتسامح لا یوجب علی اقدامه علی کل مرتبة من الضرر و من الواضح أن المرتبة التی ظهرت بعد الاقدام مما لا یتسامح و ان کان التفاوت بین ما اقدمه و ما لم یقدمه مما یتسامح.

و بعبارة أخری بحیث یظهر وجه ثبوت الخیار هنا أن ظهور التفاوت بین ما أقدمه المتعامل و بین القیمة السوقیة لا یوجب الخیار بلا شبهة و هو واضح فالمراد من التفاوت ممّا یتسامح هو هذا أی ما یکون تفاوت قیمة المبیع ممّا اقدم علیها المشتری من القیمة السوقیة و أما فی غیر المتسامح فالشرط الضمنی موجود بثبوت الخیار للمغبون و حیث انّه اقدم علی مرتبة من الضرر و هو لا یوجب الخیار و لکن لا یلزم منه الاقدام علی مرتبة اخری منه أیضا و ان کان التفاوت بین الضررین ممّا یتسامح فان التفاوت بما یتسامح انّما یکون معفوا فی أصل ظهور التفاوت بین اصل قیمة المبیع و بین ما اقدمه المشتری لا بین ما اقدمه من الضرر ومالم یقدمه فالشرط الضمنی باق علی حاله فیثبت للمغبون الخیار.

ثمّ ان المراد من متساوی القیمة حال العقد أو بعده ذکرالمصنف أن المعتبر القیمة حال العقد فلو زادت بعده ولو قبل اطلاع المغبون علی النقصان حین العقد لم ینفع لأن الزیادة انّما حصلت فی ملکه و المعاملة وقعت علی الغبن.

ثمّ احتمل عدم الخيار بدعوى أن التدارك حصل قبل الرّد فلايثبت المراد المشروع لتدارك الضرر كما لو برء المعيوب قبل الاطلاع على عيبه بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرّد ثمّ ذكر وأشكل منه ما لو توقف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله لان الملك قد انتقل اليه ح من دون نقص في قيمته نعم لوقلنا بوجوب التقابض بمجرّد العقد كما صرح به العلامة في الصرف يثبت الخيار لثبوت الضرر بوجوب اقباض الزائد في مقابلة الناقص ·

أقول ان ما احتمله المصنف ثانيا من عدم ثبوت الخيار فهو متين بناء على كون مدرك خيار الغبن هو دليل نفي الضرر في الاسلام فانّه قد ارتفع بزيادة القيمة أو بنقصانها و بعده لاخيار لأحدهما كما هو واضح لارتفاع الضرر الذي يدور الحكم بثبوت الخيار مداره ·

و بعبارة أخرى أن الحكم انّما هو تابع لثبوت موضوعه فكلّما ثبت الموضوع ثبت الحكم و الا فلا فاستمرار الحكم تابع لاستمرار الموضوع و حيث أن مدرك ثبوت خيار الغبن هو دليل نفي الضرر يقتضي دوران الحكم مدار الضرر وجودا وعدما فمادام هو موجود فيكون الخيار ثابتا والا فيرتفع بارتفاعه سواء كان الارتفاع قبل العلم به أو بعده مالم يرد العقد و لم يعمل خياره و هو واضح فيما ذكره المصنف في بيع الصرف و السلم ممّا اعتبر القبض في حصول الملكية اذ لم يحصل الملك حتى يتحقق الضرر و يوجب ذلك شمول دليل الضرر عليه كما هو واضح الا على ما ذكره العلامة من وجوب الاقباض و هو كما ترى ·

و أما اذا كان المدرك لخيار الغبن هو الشرط الضمني كما هو الموافق للتحقيق فلابدّ حينئذ و أن يلاحظ أن الشرط الذي أشترط في

ضمن العقد أعنی تساوی القیمتین أی مقدار من التساوی من حیث الزمان فهل المراد منه التفاوت الموجب للخیار هو التفاوت المستمر أی یکون العوضین متفاوتین فی عمود الزمان و طوله بحیث لو حصل التساوی فی آن من الأنات لسقط الخیار أو المراد منه هو التفاوت حال القبض بحیث لااعتبار بالتفاوت قبله أو بعده أو المراد من التفاوت الموجب لسقوط الخیار هو التفاوت حال العقد کما هو الظاهر.

ان کان المراد من التفاوت الموجب لسقوط الخیار هوالشق الاول فلا شبهة فی سقوط الخیار فی أی زمان حصل التساوی بین العوضین من حیث القیمة لحصول الشرط الذی هو تساوی القیمتین فی أی وقت من الاوقات فی عمود الزمان و طوله وهو واضح و بعبارة اخری ان المتعاقدین انّما اشترطا التساوی بین العوضین فی المالیة فی أی وقت من الاوقات بحیث لو حصل ذلك و تحقق حال البیع أو بعده من أی وقت کان حصل الشرط وکفی ذلك فی صحة المعاملة و أما لو لم یحصل ذلك بل کان التفاوت بین العوضین مستمرا الی الابد فهو یوجب الخیار کما هو واضح ولکن هذا مخالف للاجماع و الضرورة و الارتکاز العقلائی و قد ادعی المصنف قیام الاجماع علی عدم الاعتناء بالزیادة والنقصان بعد العقد و هذا الاجماع و ان کان یبعد کونه تعبدیّا و لکنّه موافق للارتکاز و خلاف بناء العقلاء فان هذا الشرط الذی ذکرتاه انّما هو بحسب بناء العقلاء فلا یثبت البناء فی مثل ذلك کما هو واضح.

و أما التفاوت حال التقابض بأن کان مایوجب الخیار هو التفاوت حال القبض دون غیره فلا خیار لو کان التفاوت بعد ذلك أو قبله وهذا مناف لما ذکره المصنف فی الفرع الآتی من أنه لو ثبتت الزیادة أوالتقیصة

بعد العقد فانه لاعبرة بهما اجماعا كما فى التذكرة فان الظاهرأن الفرعين من واد واحد كما ذكره المصنف و بيان ذلك أنه اذا كان التفاوت الذى يوجب الخيار هو التفاوت حال العقد بحيث يكون الشرط الضمنى هو التساوى حال العقد فيكون التفاوت عنده موجبا لتخلف الشرط و ثبوت الخيار بالتخلف فلازم ذلك أن لا يفيد حصول التساوى بعد العقد ولو كان ذلك عند القبض فلا يكون ذلك موجبا لسقوط خيار المغبون الثابت بتخلف شرط حين العقد وعليه فلا مجال لما ذكره المصنف من عدم ثبوت الخيار أى سقوط الخيار بالتدارك الحاصل بعد العقد سواء كان ذلك قبل العلم بالتفاوت أو بعده و هو واضح و ان كان المناط فى ثبوت الخيار هو التفاوت و التساوى حال القبض بحيث لو كان العوضان متفاوتين حال العقد و لكن حصل التساوى حال العقد أو كانا عند العقد متساويين و لكن حصل التفاوت حال القبض ثبت الخيار فى الثانى و ارتفع الخيار فى الاول كان لما ذكره المصنف فى الفرع الاول و هو ما كان العوضان عند العقد متفاوتين و حصل التساوى بعد ذلك وجه و لكنه مخالف لما ذكره بعد ذلك فى الفرع الثانى و هو حصول الزيادة و النقصان بعد العقد بان كان التساوى حين العقد حاصلا و حصلت الزيادة أو النقيصة بعد ذلك حيث قال لاعبرة بهما اجماعا و كيف فلا يمكن التفريق بين الفرعين بل هما من واد واحد وعليه فلا وجه لما أسر به شيخنا الاستاذ من الفرق بين المقامين فراجع كلامه ٠

و الظاهر أن المناط فى الشرط الضمنى هو حال العقد و يتضح ذلك بضم أحد الفرعين بالآخر و الاجماع الذى ذكره المصنف فى الفرع الثانى و ان لم يكن اجماعا تعبديا لبعده كما هو واضح ولكنه موافق للارتكاز

كما ذكرناه آنفا فان بناء العقلاء و ارتكازهم انّما قام على كون العوضين متساويين حال العقد و يتضح ذلك بملاحظة حال التجار حيث يربحون فى المعاملات أو يخسرون فيها بعد العقد و يغبن احد المتبايعين و يربح الآخر من غير أن يدعى أحدهما الغبن و يدعى ثبوت الخيار لنفسه و ليس ذلك الا من جهة عدم ثبوت الخيار له و عدم بناء العقلاء و ارتكازهم على ذلك بعد العقد بل هو كذلك عند العقد .

و الحاصل أنه ان كان المراد ممّا هو شرط فى ضمن العقد من اشتراط تساوى القيمتين هو التساوى المستمر أو التساوى حال العقد و هو مخالف للاجماع فانه قائم على عدم الاعتناء بالزيادة و النقصان بعد العقد فان الظاهر أن الفرعين من واد واحد فانه لو كان التساوى المستمر شرطا أو التساوى حال القبض شرطا فحصلت الزيادة و النقصان بعد العقد يكون هذا داخلا تحت الاجماع بأنه لا اعتناء بالزيادة و النقصان بعد العقد أى ما يحصل بعده فيكون داخلا تحت هذا الاجماع مع أن المصنف تسلم عدم الاعتناء بالثانى مدعيا الاجماع عليه و التزم بجوازه حتى تدارك الضرر فى الاول و قد عرفت عدم الفرق بينهما و لا يفرق فى ذلك بين كون المدرك هو دليل نفى الضرر أو الشرط الضمنى العقدى و الظاهر ان المراد من التساوى و هو التساوى حال العقد و ما يوجب الخيار من التفاوت هو التفاوت حاله و يدل على ذلك ما هو المرتكز بين العقلاء و يتضح ذلك من ضم الفرع الثانى الى الاول و ملاحظة عدم الفرق بينهما و أن ما ادعى عليه الاجماع فى الفرع الثانى هو الارتكاز اذ من البعيد أن يكون المراد من ذلك الاجماع التعبدى و هو واضح .

و أما الوكيل فان كان وكيلا فى مجرّد اجراء الصيغة فهو خارج عن

المقام فانه ليس الا آلة محضة و ليس له شأن ممّا يرجع الى البيع حتى يتكلّم فى ثبوت الخيار له و عدمه و انّما البايع هو الموكل بلسان الوكيل الذى يجرى الصيغة كما هو واضح و قد تقدم تفصيل ذلك فى خيار المجلس

و ان كان وكيلا فى أمر البيع أيضا بأن يكون وكيلا مفوضا فى البيع بحيث له أن يبيع المتاع من أى شخص شاء و كيف يشاء و لكن ينتهى أمد وكالته الى تمامية البيع و بعد ذلك ليس له وكالة و الظاهر أنه لا يثبت له الخيار فى هذا الصورة أيضا لو ظهر غبن فى المعاملة فان الوكيل و ان كان بايعا حقيقة و لكن الخيار انما ثبت بدليل الشرط الضمنى لمن كان مغبونا فى المعاملة و من الواضح أن المغبون انّما هو الموكل و ليس للوكيل بشئ من أمر البيع بعد تمامية البيع فضلا عن أن يكون مغبونا أو غير مغبون و أما ثبوت خيار المجلس لمثل هذا الوكيل فى خيار المجلس فانّما هو من جهة النّص الدّال على أن البيع بالخيار ما لم يفترق و من الواضح أن هذا القسم من الوكيل يصدق عليه البايع فلا يقاس بالمقام كما هو واضح .

نعم لو كان وكيلا مفوضا حتى بعد البيع أيضا بحيث يكون أمر البيع راجعا اليه حتى بعد البيع و يكون أمر المال راجعا اليه كالعامل فى القراض مثلا فلا شبهة فى ثبوت خيار الغبن له ح بالشرط الضمنى كما هو واضح و أما الوكيل فى خصوص أمر الخيار بأن يكون وكيلا فى اعمال الخيار الثابت للمغبون فهو أمر آخر غير ما نحن فيه وكلامنا فى ثبوت الخيار له ابتداء بالشرط الضمنى كما هو واضح .

ثم انه لو اطلع الموكل على معاملة الوكيل و يرى أنه يعامل بأقل من قيمة المثل فهل يكون اطلاعه تقريرا للبيع و لا يثبت الخيار له ح أم لا

فربما يظهر من المصنف وغيره عدمه ولكن الظاهر أنه ليس كذلك وذلك لانه ان الوكيل وكيلا عن الموكل بالبيع على التساوى فقط دون غيره فلا شبهة أنه كان البيع ح فضوليّا لأن الوكيل انّما هو وكيل فى مجرّد البيع مع تساوى العوضين دون غيره فان أجاز الموكل صح البيع والافلا وان كان وكيلا على نحو الاطلاق فلا شبهة فى ثبوت الخيار للموكل حيث ان اطلاعه على المعاملة لايوجب سقوط الخيار فان اطلاعه عليه كاطلاعه على أن الوكيل يعامل معاملة وشرط فيه الخيار للموكل غاية الأمر أن الاشتراط فى المقام ضمنى فهل اطلاع الموكل على ايجاد الوكيل معاملة خيارية له يوجب سقوط خياره وهذا واضح جدا ٠

قوله ثمّ ان الجهل انّما يثبت باعتراف الغابن اقول ان اعترف الغابن بالغبن أو أن المغبون أقام بينة عليه فلا شبهة فى ثبوت خيار الغبن ح وأما اذا لم يعترف الغابن بذلك أو لم يتمكن المغبون من اقامة البينة فهل لنا طريق الى اثبات الخيار أم لا فشقوق المسئلة ثلثة ٠

الاوّل أن يكون الاختلاف فى اصل زيادة الثمن ونقصانها سواء المنشأ فى ذلك هو زيادة الثمن ونقصانه أو الاختلاف فى التغير أو فى المكان أو فى زمان العقد بان يدعى المغبون أن العقد قد وقع على المتاع فى مكان فلانى الذى كانت القيمة فيه أقل من القيمة السوقية ويقول الغابن بل وقع العقد عليه فى مكان فلانى فالقيمة فيه مساوية مع القيمة السوقية فلا غبن فيه ٠

الثانى أن يكون الاختلاف فيه من جهة العلم والجهل بان يدعى الغابن علم المغبون بالقيمة وينكره المغبون مع الاتفاق بالتفاوت وهنا صورة ثالثة قد تعرض لها المصنف فى الامر الثانى وسنتعرض لها هناك

أما الاختلاف فى العلم و الجهل فقد ذكر المصنف وجهين فى ثبوت الخيار للمغبون ·

الوجه الاول أنّه مع الجهل بأن المشترى عالم بذلك أو غيرعالم فالاصل عدم العلم فحيث أن الغبن ثابت بالوجدان فيكون عدم العلم أيضا ثابتا بالاصل فيتم موضوع الخيار للمغبون فيحكم بثبوت الخيار له و هو واضح ·

الوجه الثانى ما ذكره فى أثناء كلامه من أن كون المشترى عالما بقيمة المبيع أوغيرعالم بها لايعلم الّا من قبله فعليه و يعسر له اقامة البينة على ذلك أى على جهله مع أنه لايمكن للغابن أيضا الحلف على علم المغبون بالحال لجهل الغابن بالحال ثمّ أمر بالتامل ·

و يمكن المناقشة فى كلاالوجهين أما الثانى فباب المناقشة فيه واسع و ذلك اذ لاوجه لمنع انه لايمكن اقامة البينة للمغبون على جهله فانّه كسائر الاوصاف النفسانية التى يمكن له اقامة البينة عليها ولو باعتبارآثارها وكذلك لاوجه لمنعه من حلف الغابن على علم المغبون بداهة انّه كثيرا ما يطلع عليه بالمجالسة و الممارسة كما هو واضح على أنه لاوجه لهذه الكبرى أى أن كل ما يعسر اقامة البينة عليه فيقبل من المدعى اذلادليل عليه بوجه أصلا كما سيأتى ·

و أما الوجه الاول فاصالة عدم العلم لافائدة لها اذ العلم أو الجهل ليسا موضوعين للخيار و عدمه فلو بدّل أصالة عدم العلم بأصالة عدم الاقدام على الضرر لكان حسنا فان الضرر انّما هو موضوع الخيار فالاقدام مزيل له فاصالة عدم الاقدام على الضرر يثبت موضوع الخيار اذ الجزء الآخر و هو الغبن محرز بالوجدان و أما العلم و الجهل فلا

یترتب علیهما الأثر بوجه الّا من جهة أن العلم من مقدمات عدم الاقدام على الضرر و الجهل من مقدمات الاقدام على الضرر و لا یکون اصالة عدم الاقدام على الضرر مثبتا و توضیح ذلك أن الشرط الضمنی موجود فی کل معاملة بتساوی القیمتین سواء کانا ملتفتین بذلك أم لا و قد جرت المعاملة على الاشیاء بهذا الشرط و اذا شککنا فی أن المغبون هل اقدم على المعاملة مع العلم بعدم التساوی بحیث یکون اقدامه على الضرر مزیلا لهذا الشرط فالاصل عدمه أی عدم اقدامه على ذلك فیکون الشرط باقیا على حاله مع کون الضرر وجدانیا فلا یترتب ثبوت الشرط على الاصل بل الشرط ثابت ببناء العقلاء (على أنا نشك فی اعتبار الملکیة بعد الفسخ للغابن فالاصل عدمه الّا أن یعارض بمثله و تحقیق الکلام فی الاستصحاب) .

و على الجملة هذا الذی أفاده المصنف قدس سرّه متین لو بدّل أصالة عدم العلم بأصالة عدم الاقدام فان عدم العلم لیس موضوعا للخیار بل الموضوع هو الضرر مع عدم اقدامه علیه أی مقیدا بذلك فلاشبهة ان الضرر محرز بالوجدان و القید محرز بالاصل فیثبت الحکم و هو الخیار للمغبون بالاصل الموضوعی الحاکم على أصالة اللزوم .

هذا کلّه اذا لم یکن المغبون من أهل الخبرة و الّا فالظاهر عدم الاعتناء بقوله فانه لا معنى لکونه أهل الخبرة و مع ذلك یدعی الجهل بالقیمة فانه یرجع الى التناقض أو یکون دعواه غیر عقلائی أصلا فان مقتض الظاهر من کونه من اهل الخبرة هو صدور المعاملة منه عن علم فان دعوى کونه جاهلا بالقیمة نظیر أن یدعی أحد لیس له مال و لا صنعه بل یتعیش التسؤل أن لی على ذمة فلان خمسین ألف دینار فانه لا یسمع منه أصلا

و لا يترتب عليه أثر التداعى و المحاكمة الا أن يدعى الغفلة على ذلك و كان دعواه الغفلة عقلائيا فانّه حينئذ يسمع دعواه و لكن يكون قوله مخالفا للظاهر و يكون مدّعيا لذلك فان الظاهر أن المعاملة قد صدرت منه فى غير حال الغفلة و أنه أقدم على الغبن عن علم لكونه من أهل الخبرة كما هو واضح و على هذا فلابدّ له من اقامة البيّنة على ذلك أو يحلف الآخر بأنه لا يعلم بكونه غافلا بالقيمة حال العقد أو أنه كان غير غافل عن ذلك ان كان يعلم أنه لم يكن غافلا عن القيمة حال العقد ·

و قد يتوهم أنه اذا ادعى الغفلة يسمع دعواه فان ما لا يعلم الّا من قبله فيسمع دعواه فيه ·

و قد أجاب عنه المصنف بما فيه من الخلط بين الكبريين احداهما دعوى قبول قول المدعى فيما يتعسر عليه اقامة البينة و الثانية دعوى قبول قول المدعى فيما لا يعلم الا من قبله و نقض عليه بأن هذا يستلزم قبول دعوى مدعى الفساد مع تعسر أقامة البينة عليه ·

أما الكبرى الاولى فلا دليل عليه أصلا و الا فيلزم أن يقبل قول كل من يدعى شيئا و لكن على نحو يتعسر عليه اقامة البينة و حينئذ فيلزم تأسيس فقه جديد على أن اليمين للمنكر دون المدعى واما الكبرى الثانية فلم يثبت الا فى موارد خاصة أعنى دعوى المرأة كونها حاملا أو حائضا أو طاهرة و أنها خرجت عن العدة و أما فى غير هذه الموارد فلا دليل عليه بوجه على أنا لو سلّمنا صدق الكبريين فلا نسلم كون المقام منهما أو من احداهما فانه لا يتعسر اقامة المدعى البينة على غفلته حيث انه يقم البينة على أنه كان مشغولا بأمور أخر أو كان مصابا من جهات قد وقع من اختلال الافكار ولم يدر أنه أى شئ فعل و كذلك لا نسلم كون المقام مما لا يعلم الّا

من قبله ·

و بالجملة فاصل الغفلة و ان كان أمرا نفسيا لا يعلم الا من قبل الشخص و لكنها معلومة للغير أيضا بحسب الآثار كسائر الملكات والافعال و الصفات النفسانية كالعدالة و العلم و نحوهما ·

و هذا لا شبهة فيه و اين هذا مما يتعسر عليه اقامة البينة أو لا يعلم الا من قبله ·

و أما اذا كان الاختلاف فى زيادة القيمة و نقصانها و كان منشئه أى أمر من الامور المذكورة من الزمان أو المكان أو التغير فنقول قد يكون الاختلاف فى زيادة الثمن و نقصانه من حيث الاختلاف فى أصل قيمة الشئ مع اتفاقهما على ما وقع عليه العقد كما اذا اتفقا على أن العقد وقع على خمسين و لكن يدعى المشترى أن قيمته ثلثين فحصل فيه الغبن و يدعى البايع أن قيمته خمسين فلا غبن فيه مع اتفاقهما على أن العقد قد وقع على خمسين ·

و هذا يكثر وقوعه فى الاشياء التى يقل وجودها فى السوق بحيث تخفى قيمته على المتبايعين كالجواهر و نحوها و الا فيعرضون المتاع للسوق و يكشفون عن قيمتها ·

الصورة الثانية : أن يكون الاختلاف فيما وقع عليه العقد بأن يدعى المغبون أن العقد قد وقع على خمسة وعشرين و العين تساوى عشرة فله حق الفسخ فيفسخ العقد فى خمسة وعشرين و أما العشرة فلم يقع عليه العقد و يدعى البايع أن العقد قد وقع على عشرة فلا غبن حتى يثبت للمشترى خيار الغبن ·

الصورة الثالثة أن يكون النزاع فى التغير وعدمه بأن يدعى أحدهما

من الغابن أو المغبون التغير و يدعى الأخر عدمه و هذه الصورة الثالثة تنحل الى ثلثة اقسام : الاول أن يتفقا على أن قيمة العين كانت عشرة قبل وقوع العقد عليه و قد اشتراه المشترى بثلين أو كانت القيمة قبل العقد ثلثين و قد باعه من شخص بعشرين فالغابن فى الشق الاول يدعى التغير وكون القيمة حال وقوع العقد على العين بثلثين ديناراً وفى الثانى يدعى التغير و هو المشترى و يقول أن القيمة تغيرت و كانت عند وقوع العقد على العين بعشرين ولو كانت قبله ثلثين ٠

الثانى أن يقع الاختلاف فى حال وقوع العقد على المبيع مع اتفاقهما على القيمة الفعلية بأن يدعى البايع أن المبيع حال العقد يسوى عشرة و انما تنزلت قيمته فعلا و صارت ثمانية فلا غبن لكون التغيرفى ملك المشترى و الحاصل أن البايع يدعى التغير و المشترى يدعى عدم التغير و كون المبيع فى حال وقوع العقد عليه يسوى بثمانية فالمعاملة غبنية فله الخيار٠

الثالث : أن تكون قيمة العين قبل وقوع العقد عليها عشرين و بعده أيضا كذلك و لكن يدعى البايع أنها لم تتغير و انّما وقع العقد على العين حال كون قيمتها عشرين كما أنها تساوى عشرين بالفعل فيكون مغبونا و يدعى المشترى أن قيمتها و ان كانت قبل وقوع العقد عليها تساوى عشرين و كذلك بعده و لكن تغيرت عندوقوع العقد عليها و كانت تساوى بعشرة فليس هنا غبن و قد ادعى المصنف فى جميع هذه الصور كما هو مقتضى اطلاق كلامه لزوم العقد لوجهين الاول أصالة عدم التغير وأنه موافق لللزوم و مرادف له ٠

و فيه أولا أنه لا يثبت الخيار الا على القول بالاصل المثبت فان

عدم التغیر لیس موضوعا للخیار کما هو واضح علی أنه لایعتم أصل عدم التغیر جمیع صور الاختلاف فان فی الصورة الاولی اعنی ما کان الاختلاف فی اصل القیمة و فی الصورة الثانیة أعنی ما کان الاختلاف فیما وقع علیه العقد لیس الاختلاف والنزاع فی التغیر و عدمه حتی نجری فیه أصالة عدم التغیر بل فیما وقع علیه العقد کما هو واضح ٠

و ثانیا أن أصالة عدم التغیر لیس موافقا للزوم العقد دائما بل قد یکون مفاده ثبوت الخیار مع قطع النظر عن المثبتیة کما عرفت فی الشق الاول و الثانی و هو واضح ٠

الوجه الثانی ممّا استدل المصنف علی اللزوم هو أصالة اللزوم وفیه ان کان المراد من ذلک اللزوم والمستفاد من أدلة اللزوم من أوفوا بالعقود و أحل الله البیع و تجارة عن تراض و غیر ذلک من أدلة اللزوم فلاشبهة فی عدم صحة ذلک فانه قد خصصت تلک العمومات و نشک فی أن الفرد المشکوک من الخارج أو من الباقی تحت العام و من الواضح أن اثبات اللزوم فیه من قبیل التمسک بالعام فی الشبهات المصداقیة فلایجوز وان کان المراد منه الاصل الحکمی أعنی استصحاب بقاء الملکیة بعد الفسخ بحیث تکون النتیجه هی اللزوم و هو و ان کان له وجه بناء علی جریان الاستصحاب فی الشبهات الحکمیة و لکن یمکن المناقشة فیه ایضا من جهة أن الشک فی ان الملکیة المجعولة انما هی محدودة بما بعد الفسخ أو مطلق لا یرفعه الفسخ فلا یکون الاستصحاب جاریا للشک فی اصل الجعل فیکون معارضا بأصالة عدم الجعل وعلی الجملة فلاوجه لجریان الاستصحاب أی أصالة اللزوم هنا ٠

و التحقیق أن یقال : أن المراد من الشرط الضمنی فی المعاملة

الذى عليه يدور خيار الغبن وجودا وعدما ان كان هو تساوى القيمة أى تساوى الثمن و المثمن فحينئذ يكون الشرط عنوانا وجودا فلا شبهة فى أنه كلما شككنا فى هذا العنوان الوجودى فالاصل عدمه فتكون النتيجة هو الخيار لعدم حصول الشرط فى جميع تلك الصور المتقدمة كما هو واضح .

و ان كان المراد من الشرط هو عدم الخديعة و أن لا يخدع كل منهما الآخر و أن لا تكون القيمة زائدة عن القيمة السوقية و أن لا يشترى المشترى باقل من القيمة السوقية بحيث يكون الشرط عنوانا عدميّا فح لا شبهة فى كون الاصل الجارى هنا موافقا للزوم العقد فان أصالة عدم الزيادة عن القيمة السوقية و أصالة عدم النقيصة هى أصل العدم الازلى يوافق لزوم العقد فيكون الاصل الجارى ح موافق للزوم العقد كما هو واضح و يؤيد اطلاق القوم خيار الغبن على ذلك فانه يلائم كون الشرط هو عدم الخديعة و بعبارة أخرى كلما شككنا فى الزيادة أو النقيصة فأصالة عدم الازلى تحكم بعدمه فلا يترتب عليه محذور أصلا فيكون مفاد هذا الاصل موافقا للزوم العقد كما هو واضح و هذا من جملة الثمرات بين كون دليل خيار الغبن هو دليل نفى الضرر أو الشرط الضمنى و هذه نعمت الثمرة .

الامر الثانى : أن يكون التفاوت فاحشا و هذا الشرط مما لا ريب فيه فانه لا شبهة فى تفاوت قيمة الاشياء بحسب الأسواق بل بحسب الدكاكين حتى الشئ الواحد ولو كان مطلق التفاوت موجبا للغبن لم تبق معاملة الّا و يكون فيه الغبن و لذا قيّدوا التفاوت بكونه ممّا لا يتسامح .

و انّما الكلام فى تعيين حدّ ما يتسامح فيه و ما لا يتسامح فعن بعض العامة أن التفاوت بالثلث ممّا يتسامح فيه و اشكل عليه المصنف

بان التفاوت بهذا المقدار ممّا لا يتسامح فيه قطعا بل التفاوت بالربع بل بالخمس أيضا ممّا لا يتسامح فيه و سكت عن التفاوت بما فوق الخمس أقول الظاهر أن ذلك يختلف باختلاف المعاملات فانه قد يكون التفاوت بالخمس مما يتسامح فيه بل يكون التفاوت باقل منه أيضا ممّا يتسامح فيه كما اذا كانت المعاملة فى المحقرات كأن اشترى خضرة من الخضراوات بخمس أفلس مع أنه يساوى بأربعة افلس أو ثلثة و نصف فانه لا يعتنى على ذلك فى العرف ولا يقال انه معاملة غبنية و قد يكون التفاوت بالخمس بل العشر بل المائة غبنا كما اذا باع ما يساوى أربعة آلاف بخمسة آلاف أو باع ما يساوى مأئة مليون بمائة و واحد مليون فانه لا شبهة فى كون المعاملة حينئذ غبنية ·

نعم الواحد فى ألف لا يكون غبنا قطعا و على الجملة قد يكون التفاوت غبنا بلا شبهة و قد لا يكون غبنا بلا شبهة لكونه مما يتسامح فيه و قد يشك فى كونه غبنا و عدم كونه غبنا ولا بدّ وأن يلاحظ فى أن مقتضى القاعدة حينئذ أى شئ يقتضى ·

و قد يقال كما عن شيخنا الاستاذ اذا كان الشك فى المصداق فلا يمكن التمسك بقاعدة نفى الضرر لان التخصيص و ان كان لبيّا اعنى بناء العقلاء على عدم الاعتناء بضرر يتسامح فيه و وقع الاقدام عليه الا أن الخارج اذا كان عنوانا كليّا كخروج يد المحسن عن قاعدة على اليد يكون للبى كاللفظى فى عدم جواز التمسك بعموم العام فى الشبهة المصداقية ·

و لكن يرد عليه أن هذا الكلام انّما يجرى فيما اذا كان هنا خارج معلوم و لكن يشك فى أن المشكوك من الخارج أو من الافراد الباقيه تحت

العام و أما المقام فاجنبى عن ذلك فان الضرر له مراتب فيصدق عليها على نحو التشكيل فمرتبة منها خارج قطعا وهى ما اقدم عليها المتبايعان و الباقى مشكوك فيتمسك باطلاق الدليل كما هو واضح فالمقام لا ربط له بالشبهة المصداقية أصلا و ذكر المصنف أولا أن المرجع فى ذلك أولا هو أصالة ثبوت الخيار لانه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه فان الخارج من دليل لاضرر هو الضرر الذى يتسامح و أما ما يشك فى كونه مما يتسامح أولا فيبقى تحت الاطلاق . ثمّ عدل عن ذلك و وجه اللزوم و ذكر أنه يحتمل الرّجوع الى أصالة اللزوم لان الخارج هوالضرر الذى يناقشون فيه و لا يكون موردا للتسامح بل يعد ضررا عند العقلاء و أما فى غيره فيشك فى خروجه عن تحت الأدلة الدالة على لزوم العقد و عدمه فيرجع الى العمومات لعدم ثبوت مخصص هنا ليرفع اليد عن العمومات كمالا يخفى .

أقول ان كان دليل خيار الغبن هو دليل نفى الضرر فلابدّ من اختيار الوجه الاول فلا مسوغ له لرفع اليد عن الاول و الميل الى الثانى و ذلك فان المخصص للعمومات الدالة على لزوم العقد حينئذ هودليل نفى الضرر و هو دليل لفظى يتمسك باطلاقه فى كل مورد يصدق فيه الضرر الا اذا ثبت التخصيص و من الواضح أن التخصيص انما هواقدام المغبون بالضرر فيرفع اليد عنه بالمقدار الذى ثبت فيه الاقدام و فى البقية يرجع الى دليل نفى الضرر حتى لو لم يكن دليل على خروج الضررالذى يتسامح فيه او أقدم عليه المغبون لشمله اطلاق دليل نفى الضرر و لكن خرج ذلك ببناء العقلاء ففى غيره نرجع الى الاطلاق .

و توهم أن التمسك فى المورد المشكوك بدليل نفى الضرر تمسك بالعام فى الشبهة المصداقية قد تقدم جوابه كما هو واضح ولكن قد عرفت أن دليل نفى الضرر لا يكون دليلا لخيار الغبن كما لا يخفى .

و أما اذا كان الدليل لخيار الغبن هو الشرط الضمنى و بناء العقلاء على أن المعاملة مشروط بتساوى القيمتين فلو زاد الثمن على قيمة المثمن أو زادت قيمة المثمن على الثمن ثبت الخيار للآخر كما هو واضح ·

و عليه فما ذكره من اصالة اللزوم هو المتبع و الوجه فى ذلك أن المعاملة انما وقعت على المبيع مطلقا من غير تقييد بقيد بحسب اللفظ فمقتضى الاطلاق فى مقام الثبوت هو عدم تقيدها بقيد و بحسب تبعية مقام الثبوت و نفس الأمر لمقام الاثبات نكشف الاطلاق فى مقام الثبوت أيضا فنحكم بكون العقد مطلقا فيكون مشمولا لادلة اللزوم و ليس فى المقام شئ يصلح للقرينية الا ما نذكره و ليس أزيد من ذلك شئ يصلح للقرينية نعم قد ثبت التقييد بحسب الارتكاز و بناء العقلاء لبّا فى صورة عدم تساوى القيمتين على نحو لا يتسامح فانه قامت السيرة القطعية على اعتبار التساوى بين القيمتين و مع التخلف على نحو لا يتسامح الذى مورد الشرط قطعا يثبت الخيار للمغبون و أما فى غير هذه الصورة ليس هنا دليل لفظى نتمسك به و نحكم بثبوت الخيار بل لابدّ من أخذ اطلاق الكلام فى المعاملة و التمسك بأدلة اللزوم كما هو واضح وهذا هو الصحيح فى المقام كما لا يخفى ·

قوله بقى هنا شئ و هو أن ظاهر الاصحاب و غيرهم أقول قد ذكر المصنف بما حاصل كلامه أن دليل رفع الضرر فى الاسلام انما هو دليل واحد يشمل على أفراده على نسق واحد سواء كان المورد من المعاملات أو من العبادات و على هذا فما الفارق بين المعاملات حيث ان الفقهاء رضوان الله عليهم ذكروا فى باب المعاملات ان الضرر نوعى

فيلاحظ فيه نوع الناس مع قطع النظر عن ملاحظه حال الناس و لكن فى باب العبادات ذكروا أنه شخصى فيلاحظ فيه حال الاشخاص ٠ و بعبارة أخرى ذكروا أن المناط فى باب المعاملات هو ملاحظة الضرر بالنسبة الى المال بحيث يصدق عليه أنه ضرر مالى و لذا اذا تحقق فى مورد ثبت عليه حكمه سواء تضرر به صاحب المال أو لم يتضرر بأضعاف مقابله من المضرات و لكن المناط فى باب العبادات حال الاشخاص و لذا ذكروا أنه كان شراء ماء الوضوء لا يضر على حال شخص لا يرتفع و ان كان هنا ضرر مالى و بلغ ما بلغ و أما اذا كان مضرا لشخص فانه يرتفع بدليل نفى الضرر و ما الفارق بين المقامين وكذلك الحال فى دليل نفى الحرج ٠

أقول و الذى ينبغى أن يقال أن نفى الضرر و نفى الحرج كسائر الاحكام تابع لموضوعهما ففى كل مورد تحقق ضرر أو حرج ثبت نفى الحرج و الضرر كما هو الحال فى سائر الاحكام الثابته على الموضوعات على عنوان القضية الحقيقية كما أن بقية الاحكام تدور مدار ثبوت الموضوع وعدمه نفيا و اثباتا و يلاحظ بحسب حال كل شخص شخص و هكذا الضرر و الحرج و نفيهما فادلة نفى الضرر و نفى الحرج ناظرة الى نفى الحرج و الضرر عن الموضوعات المحققة مثلا قد ورد فى الشريعة أنه اذا زالت الشمس وجب الظهران و من الواضح أن هذا حكم كلى ثابت بعنوان القضية الحقيقية و يلاحظ بالنسبة الى كل شخص لكونه موضوعا لهذا الحكم فزوال كل شخص يلاحظ بالنسبة فاى شخص أدرك الزوال صار موضوعا لوجوب الصلاة مع دركه بقية الشرائط فيلاحظ زواله بالنسبة اليه و لا يقال زال أى نقطة من النقاط بالنسبة اليه بحيث اذا تحقق فى نقطة وجب الظهران على

شخص و ان لم یکن فی هذه النقطة بل فی نقطة کانت لیلا حین الزوال فی تلك النقطة کما هو واضح . و علی هذا فدلیل نفی الحرج و الضرر حکمان واردان علی موضوع مقدارالوجود أی بعنوان القضیة الحقیقیة ففی أی مورد تحقق الضرر فی أی نحو کان سواء کان مالیّا أوعرضیا أو نفسیّاأو غیر ذلك لشمله حکمه سواء کان المورد عبادة أم معاملة فان الضرر المالی أیضا ضرر فلا وجه أصلا لملاحظة الضرر و الحرج نوعیّا بل لااساس له و انّما هما کبقیة القضایا الحقیقیة کماهو واضح وعلیه فلایفرق بین المعاملات و العبادات أصلا نعم قد یکون نفس الضرر و الحرج موضوعا للحکم اوحکمة للتشریع کما ان اختلاط المیاه حکمة لتشریع العدة و هو مطلب آخر غیر مربوط بنفس لاضرر و لاحرج الذین کبقیة الاحکام الشرعیة کما هو واضح و هذا کما فی قوله(ص) لو لاأشق علی أمتی لامرتهم بالسواك ولو لم یکن حرج علی الامة لحکم بنجاسة الحدید ، وأما ملاحظة الضرربحسب الاحوال فی باب الوضوء فهو بنص خاص فی باب الوضوء و أنه لا بدّ وأن یشتری الماء للوضوء و ان بلغ ما بلغ الّا أن یکون مضرا بحاله بحیث له عیال یموتون جیاعا لو اعطی ماله و أخذ ماء للوضوء و یکون الضرر مجحفا علیه أی لایبقی له مال یمون به عیاله فباب الوضوء انما خصص لهذا النص الخاص و من هنا یلتزم الفقهاء رضوان اللّه علیهم بذلك فی غیر باب الوضوء من العبادات کما اذا صلی فی مکان فلانی لسرق السارق ماله فافهم و هکذا .

ثمّ انه ذکر المصنف فی آخر کلامه أنه یمکن الالتزام بعدم الضرر اصلا فی باب العبادات لان ما یصل الیه من الاجر أعظم مما یفوت عنه من المال و قد وقع فی مقابل ماله أجر کما أنه لایقال أن فلانا تضرر اذا

باع ماله و أخذ الدينار فان فى مقابل ماله وصل اليه الدينار فلماذا يكون ضرر عليه ·

و فيه أولا النقض بسائر أبواب العبادات فانهم لم يلتزموا بذلك فى غير باب الوضوء كما اشرنا اليه و ثانيا أن وصول الأجر اليه غير معلوم فانه مع نفى الحكم بادلة نفى الضرر و حكومة أدلته على الاحكام الاولية لا يبقى هنا أمر بالوضوء حتى يوجر و يصل اليه الثواب فان الثواب انما يترتب على امتثال الأمر لا على مجرد الحركات الخارجية ·

و الحاصل أنه ذكر المصنف أن الضرر المالى فى باب الوضوء لا يتحقق فانه يحصل فى مقابله أجر له فلا يكون ضررا عليه و قد ذكر وجه ذلك فى قاعدة لاضرر حيث قال أن المنفى بدليل نفى الضرر انما هو الضرر الغير المتدارك و الضرر هنا متدارك بالثواب أو أن هنا ليس ضرر أصلا حتى يكون متداركا فان ذلك نظير اعطاء الفلس و أخذ المتاع كمالايخفى فافهم و عليه فلا يكون الضرر المالى فى باب الوضوء ضررا ·

أقول : أما تفصيل نفى الضرر بالضرر الغير المتدارك مما لا وجه له أصلا لعدم الدليل عليه و أما أن القول بأنه ليس هنا ضرر لوصول الأجر عليه فهو يشبه العرفان بداهة أن هذا ضرر بلا شبهة على أنه لو كان وصول الأجر فى مقابل المال فى باب الوضوء موجبا لتدارك الضرر أو أن لا يكون هنا ضرراً أصلاً فلازم ذلك أن نقول بذلك فى جميع أبواب العبادات مثلا لو توقف تحصيل الماء على بذل مال كثير لا بد من بذله لعدم الضرر فيه مع أنه لم يقل به فقيه على أنك قد عرفت أن وصول الأجر اليه غير معلوم كما لا يخفى ·

قوله فيقع الاشكال فى تصور غبن كل من المتبايعين معا أقول :

قد وقع الكلام فى تصوير الغبن من الطرفين البايع والمشترى فى المعاملة و ذكروا فى تصوير ذلك وجوها : الاول ما ذكره صاحب القوانين عند السؤال عن عبارة اللمعة فى تصوير الغبن من الطرفين و حاصله أنه لو باع متاعه باربعة توامين على أن يعطيه ثمانية دنانير بزعم أن ثمانية دنانير يسوى أربعة توامين و الحال أن المتاع يسوى بخمسة توامين و أن ثمانية دنانير تسوى بخمسة توامين فانه حينئذ يكون البايع مغبونا لانه باع ما يسوى بخمسة توامين بأربعة توامين و المشترى مغبون لان اعطى ثمانية دنانير بزعم أنه يسوى باربعة دنانير مع أنه يسوى فى الواقع بخمسة

و قد اشكل عليه المصنف بأنه انما يلاحظ الغبن فى المعاملة بالنسبة الى مجموع ما يرجع اليها من الشرائط و العوض و المعوض ومن الواضح أنها ليست بمعاملة غبنية من حيث المجموع فلا يكون هذا وجها لتصوير الغبن من الطرفين لان هذه المعاملة مع ملاحظة الشرائط مجموعا من حيث المجموع ليست بمعاملة غبنية و بعبارة أخرى ان كان الشرط و المشروط ملحوظا معا ولوحظ معاملة وأخذه مستقلة فلاشبهة أنها ليست بغبنية و أن كان الشرط اجنبيا عن المشروط و لم يكن له تماس بالمعاملة بل لوحظه مستقلا فيكون هنا معاملتان فيكون المغبون فى احدهما المشترى و فى الآخر البايع كما لا يخفى و من هنا ظهر الجواب عما نقله المصنف عن بعض معاصيره من فرض المسئلة فيما اذا باع شيئين فى عقد واحد بثمنين مثلا بأن باع كتاب المكاسب و كتاب الرسائل صفقة واحدة ولوحظ كتاب الرسائل نصف دينار مع أنه يسوى بدينار و كتاب المكاسب بدينارين و نصف مع أنه يسوى بدينارين ففى هذه المعاملة يكون كل من البايع و المشترى مغبونا كما هو واضح .

و وجه الظهور أنه ان لوحظ مجموع الكتابين مبيعا واحدا فيلاحظ المجموع من حيث المجموع و من الواضح أن المجموع من حيث المجموع ليس بمعاملة غبنية وان لوحظ كل من الكتابين مبيعا واحدا مستقلا فيكون البايع مغبونا فى أحدهما و المشترى مغبونا فى الآخر فلم تكن هنا معاملة يتصور فيها الغبن من الطرفين كما هو واضح ٠

و منها ما ذكره بعض من فرض المتعاملين وقت العقد فى مكانين مع كون قيمة المثمن مختلفا بحسب المكانين كما اذا فرضنا أن المبيع هو الحنطة و كان ثمن كل من منها فى خارج البلد دينارا لنزول العسكرفيه مثلا و لكن فى داخل البلد نصف دينار فاشترى البلدى من اهل الخارج بكل من بثلثة أرباع دينار فانه يكون البايع مغبونا فى هذه المعاملة فان الفرض أن كل منّ من الحنطة كان دينارا فقد باعها بثلثة أرباع دينار و المشترى أيضا مغبون فان المفروض أن قيمة الحنطة فى البلد كانت كلّ منّ بنصف دينار و قد صار مغبونا بربع دينار ٠

و فيه أن المراد من الغبن فى المعاملة هو ملاحظة مكان تحققها فان كان بيع الحنطة فى خارج البلد مع كون التسليم فيه و من الواضح ان البايع مغبون فان قيمة كلّ منّ من الحنطة فى ذلك المكان دينار فقد باعه بثلثة أرباع دينار و ان كان البيع فى البلد أو بشرط أن يسلم المبيع فى البلد فيكون المشترى مغبونا كما لا يخفى فلا يلاحظ المكانين فى معاملة واحدة كما هو واضح لا يخفى فافهم ٠

و قد نقل المصنف عن مفتاح الكرامة تصوير كون الغبن من الطرفين بحسب الحكم الظاهرى دون الواقعى كما اذا ادعى كل من المتبايعين الغبن كما اذا باع ثوبا بفرس بظن المساوات ثمّ ادعى كل منهما نقص

ما فى يده عما فى يد الاخر و لم يوجد المقوّم ليرجع اليه فتخالفا فيثبت الغبن لكلّ منهما فيما وصل اليه ، مع أن فى الواقع المغبون أحدهما لا كلاهما .

أقول هذا انما يبتنى على أن كل من يدعى شيئا و يتعسر عليه اقامة البينة فانه يقبل قوله مع يمينه كما تقدم و عليه فكل من البايع و المشترى انّما يتعسر عليه اقامة البينة فيقبل قوله مع يمينه فيثبت مايدعيه من الغبن و لكن قد عرفت أنه لا دليل عليه خصوصا اذا كانت الدعوى ممّا يطلع عليه كل أحد و انّما لم يطلع عليه من جهة العوارض كعدم وجود من يطلع عليهما فى مقام البيع ليكون بينة للواقعة و قلنا فى السابق أن الحلف انّما هو للمنكر و ليس من وظيفة المدعى الحلف .

و أما بناء على فساد هذا المبنى كما هو كذلك فيكون من يدعى الغبن مدعيا و الآخر منكرا فللمدعى البينة و للمنكر اليمين و مع كون كلّ منهما مدعيّا للغبن و منكرا لكون الآخر مغبونا فيتحالفان فيحكم بعدم غبن كل منهما لا بغبن كليهما فلا يكون لأى منهما خيارا أصلا كما عرفت على أن مقتضى التحالف أن يحلف كل منهما على أنه لم يغبن الآخر فيكون مقتضى ذلك أن لا يكون أى منهما مغبونا لا أن يكون كلاهما مغبونا و هو واضح .

فتحصل أنه لا يمكن تصوير الغبن من الطرفين فى معاملة واحدة كما ذكره بعض المحشين للروضة و قال (فلا يعقل كونهما معا مغبونين و الّا لزم كون الثّمن اقلّ من القيمة السّوقيّة و اكثر و هو محال فتم) نعم يمكن تصوير ذلك اذا كان الغبن بمعنى مطلق الخديعة كما اذا باع فرشا بأربعة دنانير على أنه من شغل كاشان فبان أنه من شغل همدان و مع

ذلك أنه يسوى بثمانية دنانير وحينئذ فقد خدع كل منهما في هذه المعاملة وهو واضح ٠

والذي ينبغي أن يقال انه كان مدرك خيار الغبن هو دليل نفى الضرر يمكن فرض الغبن من الطرفين بخلافه اذا كان مدركه الشرط الضمنى الذى ذكرناه أما الاول كما اذا باع حطبا من زيد كل حقة بمائة فلس مع كون الحطب كلّ حقّة بدرهم واشترط المشترى عليه أن ذلك من خشبة أبنيته و واضح أن هذه المعاملة ضررية لكل من البايع و المشترى أما كونها ضررية للبايع فلان تسليم المبيع يتوقف على تخريب الدار وهو ضرر على البايع ، وأما كونه ضررا على المشترى فلان قيمة الحطب انّما هى كل حقة بدرهم و قدباع منه البايع كل حقه بمائة فلس فيكون الدّرهم زائدا عن القيمة السوقية ولا يجرى هنا ما ذكره المصنف من الجواب عن المحقق القمى فان هذا الشرط ليس له دخل فى زيادة الثمن أصلا فانّه لا يفرق فى الحطب بين كونه من أخشاب البناء و بين كونه من أخشاب الحديقة بل ربما يوجب كونه من اخشاب البناء نقصا فى الحطب لكونه بالية كثيرا بخلاف ما اذا كان من اخشاب الحديقة فهذا الشرط ليس مثل اشتراط كون أربعة توامين ثمانية دنانير (الّا أن يقال ان هذا الشرط أيضا ليس له دخل فى المزية وانما المزية من جهة الخطاء فى التطبيق، من المقرر) وعلى هذا فيكون العقد جائزا من الطرفين كما هو واضح ٠

وأما اذا كان دليل خيار الغبن هو الشرط الضمنى فلا يعقل الغبن من الطرفين بحيث يثبت الخيار للمتبايعين و يكون العقد جائزا من الطرفين ٠ فان الشرط الضمنى اعنى اشتراط تساوى القيمتين أوعدم زيادة القيمة و عدم نقصه لا يعقل الا من طرف واحد فيكون الغبن من

طرف واحد كما هو واضح فافهم.

قوله مسئلة ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد أقول : قد عرفت أنه لا شبهة فى ثبوت خيار الغبن فى المعاملات وانّما الكلام فى أن ثبوت هذا الخيار من حين تبين الغبن أو من حين العقد وجهان وقد اختلفت كلمات الفقهاء فى ذلك اختلافا شديدا وصار ذلك منشأ للوجهين وقد جمع المصنف بين شتات أرائهم بالفرق بين ثبوت الخيار فعلا بحيث يكون لذى الخيار سلطنة فعلية على الفسخ وبين ظهور الخيار له واقعا فالاول لا يثبت الّا بعد ظهور الغبن بخلاف الثانى ثمّ تكلم فى آثار ذلك الخيار ولكن الظاهر أنه لا وجه لذلك التفصيل فان معنى الخيار هو السلطنة الفعلية أعنى السلطنة على فسخ العقد كما تقدم فى أول الخيارات واذا ثبت ثبت له ذلك والا فلا يعنى معنى ثبوت الخيار هو ثبوت السلطنة لذى الخيار على فسخ العقد كما هو واضح فليس لهذا التفصيل مجال أصلا.

وانّما المهم هو المتكلّم فى جهتين : الاولى فى أن هذا الخيار ثابت من الاول أو من حين تبين الغبن والذى ينبغى أن يقال : أنه لا بدّ من ملاحظة دليل هذا الخيار فلو قلنا بكون دليله هو دليل نفى الضرر كما ذهب اليه المشهور من المتأخرين واختاره المصنف أو قلنا بأن دليله هو الشرط الضمنى فعلى كل حال فلا شبهة فى كونه ثابتا من الاول فان دليل نفى الضرر ينفى الضرر الواقعى وكك أن شرط الضمنى هو اشتراط التساوى الواقعى بين العوضين أى كون هذا لازم الشرط الضمنى كما تقدم فانّ الشرط الضمنى هو عدم الزيادة أو عدم النقيصة أى يشرط كل من المتبايعين على الآخر أن لا يكون ماله زائدا عن مال

طرفه بما لا يتسامحه و هذا واضح و نعبّرعن ذلك بلازمه أعني تساوى القيمتين . و على الجملة فبناء على كون دليل خيار الغبن أى من هذين الوجهين يثبت الخيار للمغبون من الاول كما هو واضح .

نعم لو كان دليل خيار الغبن هو الاجماع أو ما تقدمت الاشارة اليه من النبوى حيث نهى عن تلقى الركابان و قال اذا جائوا بالسوق فلهم الخيار بناء على انصراف ذلك النبوى الى صورة ظهور الغبن لا اثبات الخيار على وجه الاطلاق بمجرّد المجئ الى السوق سواء ظهر غبن فى المعاملة أم لا كما ذهب اليه ابن ادريس الذى هوخلاف منصرف النبوى فانه بناء على ما هو الظاهر من النبوى من كونهم ذى خيار بعد مجيئهم الى السوق اذا تبين لهم الغبن لا مطلقا فانه لا معنى لثبوت الخيار لهم بعد المجئ الى السوق تعبدا و الّا لكان ثابتا من الاول وكيف كان فبناء على ظاهر النبوى فيكون دليلا على ثبوت الخيار من حين تبين الغبن لا من حين العقد وكذلك لو كان المدرك هو الاجماع فان المتيقن منه هو ثبوت الخيار مع ظهور الغبن و لكن يرد على الاجماع أنه ليس بحجة و على النبوى أنه ضعيف السند اذ لم نجده فى كتب الاصحاب المعدة للحديث وانّما ذكروه فى كتب الاستدلال و اخذوهم من العامة ، و لم ينجبر ضعفه بشئ اذ لم يثبت كون عملهم على طبقه و انّما استندوا بغيره من الوجوه المذكورة فى المسئلة بل ثبت عدم استنادهم اليه الا قليل كما يظهر من ملاحظة كلماتهم ... على أنه يمكن المناقشة فى دلالته أيضا بدعوى أن المراد من ثبوت الخيار بعد المجى بالسوق هو تبين الغبن كما عرفت و أن هذا التبين طريق الى الواقع لا انه موضوع بنفسه لثبوت الخيار فحيث ان الغبن من الاول و ان كان تبينه من الأن

فیثبت له الخیار من الاول و بعبارة اخری أنا لا نحتمل أن العلم جزء الموضوع لثبوت خیار الغبن بل تمام الموضوع له انّما هو الغبن لا الغبن المعلوم فاذا یثبت الخیار للمغبون من الاول و نظیر کون التبین هنا طریقا الی الواقع کتبین الفجر فی شهر رمضان فی قوله تعالی کلوا واشربوا حتی یتبین لکم الخیط الابیض من الخیط الاسود من الفجر فان التبین هنا لیس له موضوعیة لحرمة الأکل بحیث لو لم یتبین الفجر لغیم و نحوه الی أن مضی ساعة من طلوع الشمس فایضا یجوز الأکل فهذا غیر محتمل قطعا اذن فیکون التبین طریقا الی الفجر کما هو واضح وکک فی المقام.

فتحصل أن ثبوت خیار الغبن من حین العقد هذا ما یرجع الی الجهة الاولی و علیه فلا وجه لتفصیل المصنف بین ثبوت الخیار له واقعا وکونه ذی حق فی الواقع و بین ثبوت السلطنة الفعلیة له فعلا علی فسخ العقد.

الجهة الثانیة أعنی التکلم فی ترتب آثار الخیار علی خیار الغبن وأنه هل یترتب علی هذا الخیار من الآثار ما یترتب علی بقیة الخیارات من الآثار بعنوان الخیار من خصوصیة لأحدی الخیارات أو لا یترتب علیه آثار بقیة الخیارات أقول و من جملة آثار الخیار انتقاله الی الورثة بعد موت المورث و علیه فان قلنا بثبوت خیار الغبن من حین العقد کما هو کذلک و مات المورّث قبل أن یتبین الغبن فانه یثبت الخیار لوارثه فان الخیار من الحقوق الذی یورث فلا فارق فی ذلک بین خیار الغبن و سائر الخیارات و من جملة الآثار أنه یجوز اسقاطه قبل ظهور الغبن کما اذا قال ان کان لی خیار فی هذا العقد فاسقطه أو یقول بنحو العموم ان کل خیار لی فقد اسقطه فانه ح یسقط خیاره هذا و ان لم یعلم به کما

هو واضح و الجهة الاخرى من الثمرات أنه وقع الخلاف بين العلماء فى انّه يجوز التصرف فى الثمن أو المثمن فى زمان الخيار اولا فذهب بعضهم الى عدم الجواز مطلقا و بعضهم الى الجواز مطلقا و قد فصل بعضهم بين بيع الخيار فالتزم بعدم الجواز و بين غيره و التزم بالجواز و لكن ادعوا عدم الخلاف و ثبوت الاتفاق على عدم جواز التصرف فى العوضين فى زمان خيار الغبن فان التصرف يوجب كون العين فى معرض التلف و من المحتمل أنّ ذى الخيار يفسخ العقد و يرجع بالعين و أن اتفاقهم على هذا انما هو بعد ظهور الغبن لا قبله و قد ذكروا أنه يكشف من هذا الاتفاق أن خيار الغبن انّما يثبت للمغبون من حين ظهور الغبن.

و لكن الظاهر أن جميع الخيارات فى ذلك على حد سواء ان جاز التصرف فى زمان الخيار جاز فى كلّها و الا فلا يجوز فى شئ منها و أنه لا يكون هذا الاتفاق مائزا بين المقامين و ذلك لعدم ثبوت هذا الاتفاق فانه لا نطمئن بأتفاقهم على عدم جواز التصرف قبل ظهور الغبن من جهة أنهم يرون عدم جواز التصرف فى زمان الخيار و جوازه فى غير زمان الخيار و حيث انهم اتفقوا على جواز التصرف قبل ظهور الغبن فيكشف من ذلك أنه ليس لهم خيار قبل ظهور الغبن كما هو واضح و ليس لنا علم بذلك من جهة أنه يحتمل قريبا أن جملة من القائلين بجواز التصرف فى العوضين قبل ظهور الغبن أنهم التزموا بذلك لذهابهم الى جواز التصرف فى العوضين فى زمان الخيار كما هو كذلك و عليه فلا يكون اتفاقهم على جواز التصرف قبل ظهور الغبن كاشفا عن اتفاقهم على عدم ثبوت الخيار قبل ظهور الغبن. نعم لو كان لنا علم بأن اتفاقهم على جواز التصرف قبل ظهور الغبن من جهة كونه غير زمان الخيار لكان ذلك كاشفا

عن ثبوت الخيار بعد ظهور الغبن و لكن أنى لهم باثباته ·

على أنه لا دليل على عدم جواز التصرف فى العوضين فى زمان الخيار و توهم أن التصرف يوجب كون العين فى معرض التلف لا يكون مانعا عن ذلك لما عرفت سابقا أن متعلق الخيار هو العقد و هو باق حتى بعد تلف العين فانه اذا اعمل صاحب الخيار خياره يرجع الى بدل العين لا الى نفسه نعم مع بقاء العين يرجع الى نفسها مع الفسخ و أما أنه لا يجوز التصرف فى العين فى زمان الخيار فهو باطل فانه بعد كونه مالا لمالكه فباى وجه نمنع عن تصرفاته مع كون الناس مسلطا على أموالهم ·

و من جملة الثمرات أنه هل التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له أو أنه من مالكه و قد تقدم سابقا فى خيارى المجلس و الحيوان أن مقتضى القاعدة الاولية هو كون تلف مال كل شخص على صاحبه و أن لا يحسب على شخص آخر و لكن قد ورد النّص على أن تلف الحيوان فى زمان الخيار ممّن لا خيار له فان تعدينا الى غير خيار الحيوان و قلنا بكون تلف المبيع مطلقا فى زمان الخيار ممّن لا خيار له و كذلك تعدينا الى تلف الثمن أيضا لقلنا فى جميع الخيارات و فى تلف الثمن والمثمن فى زمان الخيار فى جميع المعاملات حتى خيار المجعول الذى من مصاديقها خيار الغبن الثابت بخيار تخلف الشرط و ان اقتصرنا بمورد النص فقط فلا يحسب تلف المبيع أو الثمن على من لا خيار له فى زمن الخيار سواء كان خيار الغبن أو غيره و هو واضح جدا ·

و لكن قد تقدم أن هذا الحكم قد ثبت فى مورد خاص بالنص فلا يجوز التعدى الى غير مورده فتكون القاعدة الاولية المذكورة محكمة فافهم

وعلى كل حال فلو عمم ذلك أى كون التلف المبيع فى زمن الخيار ممّن لاخيار له الى غير مورده لكن فى مورد خيار الغبن أيضا ممّن لا خيار له قبل ظهور الغبن و بعده بناء على ما ذكرناه من ثبوته من الاول و أن لم يعلم به المغبون و من جملة الآثار أنه اذا قلنا بثبوت الخيار من الاول و قلنا بكون التصرف مسقطا للخيار مطلقا فيكون هنا ايضا مسقطا كما هو واضح ٠

و قد تقدم فيما سبق أنه لم يثبت كون التصرف مسقطا تعبديا الّا فى مورد خاص أعنى بيع الحيوان فانه ثبت فيه أن التصرف الخاص موجب لسقوط الخيار كقوله (ع) أرايت ان لامس أو قبل الخ و كذلك ثبت كون التصرف مسقطا فى خيار المجلس و كذلك التصرف المغير و أما كون مطلق التصرف مسقطا للخيار فلم يثبت بدليل و انما كونه مسقطا من جهة الظهور العرفى و كونه ظاهرا فى اسقاط الخيار عرفا فكلما كان له ظهور فى الاسقاط الفعلى يحكم بمسقطيته و الّا فلا ٠

و الحاصل أن الافعال كالأقوال فى ابراز ما فى الضمير و اظهاره فكما أن الاسقاط القولى موجب لسقوط الخيار و يكون كاشفا عن ابراز ما فى الضمير و كذلك الاسقاط الفعلى فانه أيضا يكون من مصاديق الاسقاط و اذا لم يكن التصرف بحيث يكون من الاسقاط فلايكون له قابلية لاسقاط الخيار و ظهوره فى ذلك فيكون مثله (وجوده) كعدمه و المفروض أنه لم يرد التعبد بكونه مسقطا على أى وجه اتفق كما هو واضح فافهم ٠

قوله مسئلة يسقط هذا الخيار بأمور احدها اسقاطه بعد العقد

أقول يقع الكلام هنا فى أربع مسائل :

الاولى : أن يسقط خياره قبل العلم بالغبن مجانا ٠

الثانية : الاسقاط به قبل العلم بظهور الغبن مع العوض ·

الثالثة : الاسقاط به مع العلم به مع العوض ·

والرابعة : الاسقاط به مع العلم به مع عدم العوض ·

أما المسئله الاولى فلا شبهة فى سقوط الخيار قبل العلم بالغبن بأن يقول أسقط خيارى الغبن فى هذه المعاملة ولا شبهة فى ذلك بناء على ثبوت الخيار من الاول غاية الأمر أنه لاعلم بالخيار فمجرّدعدم العلم به لا يمنع عن تأثير الاسقاط فانه لوقال أحدكلّما لى من الخيارفقداسقطه فانه لا شبهة فى شموله لكل خياره وان كان لم يعلم به وهو واضح جدا ·

وأما لو قلنا يكون حدوث الخيار بعد تبين الغبن فاسقط المغبون خياره بعد الغبن وقبل ظهوره والعلم فهل يجوز ذلك أم لا فذكر المصنف أنه يكفى فى ذلك تحقق السبب المقتض للخيار وهو الغبن الواقعى وان لم يعلم به وهذا كان فى جواز اسقاط المسبب قبل حصول شرطه ولا يكون من قبيل اسقاط ما لم يجب ·

ولكن يرد عليه أن المقتضى ان كان تام التأثير بحيث يؤثر فى المعلول بالفعل فيكون الخيار ثابتا بالفعل ولا يكون معلقا على حدوثه بعد العلم بالغبن وهو خلف الفرض ·

وان لم يكن المقتضى تام التأثير فلا يكون الاسقاط بمثل هذا المقتضى من تحت الاسقاط لما لم يجب فيبقى المحذور فى حاله ·

ولكن الظاهر أنه لم يدل دليل على عدم جواز الاسقاط بما لم يجب الا ما يتوهم من كونه تعليقا ومن الواضح أن المتيقن من ذلك هو العقود بالنسبة الى التعليق بامر مجهول فلايجرى فى غيره وعلى الجملة لانعرف أساسا صحيحا لعدم جواز اسقاط ما لم يجب فلا نرى فى أن

يسقط الانسان بما يتعلق له من الحق بذمة غيره قبل تعلقه بها ولم يرد فى آية ولا فى رواية ما يمنع عن ذلك كما هو واضح لا يخفى بل هو من جهة الاجماع و لعله ليس اجماعا تعبديا بل من جهة عدم اعتبار العقلاء بمثل ذلك و يمكن أن يكون مدرك الاجماع ما ورد من النهى عن بيع ما لم يملك بعد وعن بيع ما ليس عندك و العقلاء لا يعتبرون الملكية فى أمثال ذلك أيضا و عليه فاذا اعتبر العقلاء اثرا عليه فى مورد فلا مانع من اسقاط ما بم يجب ٠

ثم انه مع العلم بالغبن تارة يكون مااسقطه من الغبن موافقا للواقع وهذا لا شبهة فيه و قد يكون أقل ممّا اعتقده و هذا ايضا لا شبهة فيه و قد يكون مخالفا بان يكون الغبن أزيد ممّا اعتقده فحينئذ يقع الكلام فى صحة الاسقاط و عدمه وأنه اسقاط للغبن من أصله أو بمقدار ما اعتقده و توضيح ذلك أنه اذا اسقط خياره قبل العلم بالغبن باعتقاد أنه اذا كان هنا غبن يكون خمسا فى الخمسين و لكن لما تبين الحال فظهر أنه مغبون فى الخمسين بثلثين فهل يسقط خياره مطلقا أو يسقط بالنسبة الى مرتبة خاصة أعنى ما اعتقده فى مقدار الغبن و قد عنون المصنف ذلك فى صورة كون الغبن معلوما و لكن المسألتان من واد واحد فيجرى هذا البحث فى كلتا المسألتين كما هو واضح ٠

و على كل حال فلا يمكن أن يكون المقام من باب التقييد بأن يكون ما اسقطه من الخيار مقيدا بكون الغبن خمسة فى الخمسين و يكون خياره باقيا فى المرتبة أخرى التى لم يسقطها و بعبارة أخرى اسقاط ما احتمله أو اعتقده من مرتبة الغبن لو كان موجبا لتقييد الاسقاط بتلك نظير تقييد المبيع بالصورة النوعيّة لكان لعدم سقوط الخيار عند تبين زيادة الغبن

عما احتمله أو اعتقده وجه الآ أنه لا يمكن التقييد فی المقام لان الخيار امر واحد بسيط ليس ذا مراتب ولا يقبل التأكد وفی المقام لا يقبل التخصص بسبب دون سبب كما فی اجتماع خياری الحيوان والمجلس فی عقد واحد فان مأة دينار مثلا مرتبة واحدة من الغبن فلا يعقل اسقاط مقدار منه و بقاء مقدار آخر واذن فيكون من قبيل الداعی يعنی أن اعتقاده بكون الغبن خمسة فی الخمسين داعی الى اسقاط خيار الغبن على ما هو عليه فی الواقع بأی نحو كان كما هو واضح و بأی مرتبة وصل فيكون اسقاطه خيار الغبن باعتقاد كونه بمقدار خاص اسقاطا لخيار غبنه من أصله و اساسه ولا يقاس ذلك بباب الدين فانه اذا اعتقد عمرو كون زيد مديونا له عشرة دنانير واسقطه فبان أنه مأة دينار أو اعتقد كذلك وقال أسقط جميع ما فی ذمة زيد من الدين لی فانه لاباس هنا من الالتزام بان الساقط عن ذمته انّما هو بمقدار عشرة دنانير ولكن لا يمكن الالتزام بذلك هنا والوجه فيه أن خيار الغبن كما عرفت أمر واحد بسيط ليس ذا مراتب ان سقط ، سقط من أصله وان لم يسقط فلا يسقط من أصله وقد قلنا أن اعتقاد كونه بمقدار خاص ثمّ اسقاطه من باب الداعی فيكون الاسقاط اسقاطا له من أصله وهذا بخلاف باب الدين فانه منحل الى ديون متعددة نظير بيع أمور عديدة فی صفقة واحدة فانه كما ينحل البيع هنا الى بيوع متعددة فكذلك الدين فمأة دينار من الدين منحل الى ديون عديدة بحساب الدينار بل بحساب الدراهم بل أقل من الدرهم الى أن ينتهی الى ما لا يقبل المالية ولا ينصف بها وعليه فاسقاط مرتبة من الدين لا يضر ببقاء مرتبه أخرى فی ذمة المديون كما هو واضح وعليه فلابدّ اما من الالتزام بسقوط الخيار من أصله أو من الالتزام ببطلان الاسقاط

لبطلان التقييد كما عرفت وحيث عرفت أن الظاهر فى مثل المقام هو الداعى فيكون اسقاطه بداعى كون الغبن بمقدار خمسة فى الخمسين فبان أنه بمقدار عشرين فى الخمسين اسقاطا لاصل خيار الغبن فلا يضر به تخلف الداعى ٠

نعم يمكن أن يقال بكون سقوط الخيار مشروطا بظهور الغبن بالمقدار الذى اعتقده بأن يكون اسقاط المغبون خياره معلقا بكون الغبن خمسة فى خمسين و الّا فلا يسقط خياره و هذا لا محذور فيه الا اشكال التعليق فان هذا الاسقاط ليس منجزا فيكون باطلا و لكن يرد عليه أن بطلان التعليق فى العقود والايقاعات لم يثبت بدليل لفظى بل بالاجماع و هو دليل لبى فلابدّ من أخذ المتيقن من ذلك و هو مالا يتوقف أصل تحقق العقد عليه و لعل الاجماع أيضا ليس بتعبدى بل من جهة أن العقلاء لا يعتبرون فى مثل موارد التعليق الملكية كما لا يعتبرون فى بيع ما لم يملك فالمقام نظير طلاق مشكوك الزوجية و عتق مشكوك الرقية فان مشكوكية المعلق عليه لا يضرّ بصحة الطلاق و بصحة العتق فان الطلاق و العتق ممّا يتوقف أصل تحققه على الزوجية و الرقية فلا يضر التعليق فى مثل ذلك بصحة العتق و الطلاق فقد ظهر من جميع ما تقدم حكم صورة الاسقاط مع العلم بالغبن ٠

و على الجملة أن المسقط الاول هو الاسقاط و قد ذكرنا أن فى المقام اربع مسائل الاولى الاسقاط قبل العلم بالغبن و الثانية الاسقاط بعد العلم بالغبن و الثالثة و الرابعة الفرضين مع كون الاسقاط فى مقابل العوض ٠

أما المسألتان الاولتان فقد ظهر حكمهما ممّا ذكرناه و حاصله أن

المحذور من الاسقاط هنا ليس الا أمران أحدهما فى صورة كون الخيار مشروطا شرعا بظهور الغبن و ذكروا أن ذلك من قبيل اسقاط مالم يجب والثانى فى صورة العلم بالغبن مع الاعتقاد بانه خمسة فى الخمسين فبان أنه أكثر و قد قلنا أن سقوط الخيار هنا اذا كان الغبن بالخمسة فقط انما يصح اذا كان الاسقاط على نحو التعليق و عليه فيتوجه المحذور بأنه من قبيل التعليق فهو باطل و جوابه ماتقدم من أن التعليق اذا كان بما يتوقف عليه وجود العقد أو الايقاع لا يضر لكونه خارجا عن الاجماع كما هو واضح ٠

ثمّ انه يقع الكلام فى حكم المسئلة الثالثة و الرابعة أعنى اسقاط الخيار فى الصورتين بالعوض كالمصالحة مثلا أما المسئلة الاولى بأن يسقط خيار الغبن قبل ظهوره بالعوض و يصالح سقوطه بعوض فالظاهر أنه لا يجوز ذلك فان أخذ العوض على ذلك باطل و أكل للمال بالباطل اذ لا بدّ و أن يكون ما يأخذه المسقط لخياره من العوض واقعا فى مقابل شئ كما هو شأن المصالحة و المبادلة و قد عرفت أنه لا تجوز المصالحة على سقوط الخيار قبل ظهور الغبن والعلم بوجوده بل يحتمل أنه موجود او ليس بموجود و معه لا تحصل المبادلة بين سقوط الحق الموهوم و بين ما يأخذه فى مقابلة من العوض فلا يكون شئ فى مقابل العوض فتخرج عن المبادلة بين الشيئين و قلنا لا مدفع لهذا الاشكال الا أن يكون ما يعطيه الغابن من العوض بعنوان المحابات ٠

و لكن يمكن تصحيح المصالحة هنا أيضا بتقريب آخر بأن يقال أن المصالحة واقعة على اسقاط الخيار بعد العقد على تقدير ثبوته والعوض الذى يأخذه من يحتمل أن يكون مغبونا انما يأخذه فى مقابل الفعل

الذى هو اسقاط الخيار على تقدير ثبوته و من الواضح أن هذا الفعل و ان كان متعلقا بالخيار على تقدير ثبوته لا أنه اسقاط على كل تقدير و لكن فائدته للطرف الآخر على كل تقدير فانه يحصل منه الاطمينان له فلا يحصل تزلزل فى العقد بعد ذلك بحيث ينجرّ الى المحاكم العرفية و من الواضح أن حصول الاطمينان له غرض عقلائى يوجب مالية للاسقاط الذى هو فعل المغبون و هذه و ان كانت مصالحة و لكن نتيجة الاجارة فتكون كاجارة شخص لايجاد فعل فى الخارج فكما أن المستأجر يملك فعل الأجير بالاجارة وكذلك أن من يحتمل أن يكون غابنا اذا أعطى درهما لمن يحتمل أن يكون مغبونا فى مقابل اسقاطه الخيار المحتمل فيكون مالكا لفعله أعنى الاسقاط كما هو واضح ·

و من الواضح أنه ليس هنا شئ حتى يقع العوض فى مقابله فانه لا يعلم أنه مغبون فى الواقع حتى يكون له حق الخيار و يكون سقوطه فى مقابل هذا العوض بل ليس هنا الا احتمال الخيار الناشى من احتمال الغبن فمجرّد احتمال الحق لا يصح أن يكون عوضا فى المصالحة عليه و سببا لاكل أموال الناس فى مقابل سقوط و عليه فلا يصح المصالحة على سقوط خيار الغبن قبل ظهور الغبن كما هو واضح الا اذا كان ذلك فى ضمن عقد آخر كأن تكون المصالحة بين شيئين أو أوقعا معاملة مستقلة و اشترطا فى ضمنه سقوط خيار الغبن على تقدير وجوده فلو أراد المغبون اسقاط خياره على تقدير وجوده بازاء العوض تعين عليه ذلك وان ذكر المصنف الاولى هو ذلك نعم لو كانت المصالحة محاباتية بأن يهب من يتوهم كونه غابنا مالا للآخر و الآخر يسقط خياره المحتمل فان هذا امر آخر و الا فلا مدفع للاشكال المذكور·

و أما لو علم المغبون بوجود الغبن فاراد أن يصالح ذلك بشئ فان صالح ما اعتقده من الغبن بشئ فظهر مطابقا للواقع فلا كلام لنا فيه و ان ظهر الواقع أزيد من ذلك فذكر المصنف هنا ثلث محتملات بطلان الصلح من أصله و صحته مع كونه لازما و صحته متزلزلا و الحق هو الاخير و يظهر بطلان الوجهين الاولين من بيان وجه الصّحة فى الثالث فنقول أنه كما أن الشرط الضمنى موجود فى المعاملات بكون العوضين متساويين أى لا يكون كل منهما زائدا و ناقصا و قد قلنا أن ذلك مقتضى بناء العقلاء و الا يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و هذا المعنى بعينه جار فى المصالحة أيضا فان كل من المتصالحين يشترط على الآخر أن يكون ما اعطاه للآخر من المال أو ما أسقطه من الحق زائدا عن المقدار الذى تسالما عليه و كذلك أن يكون بدلا عما يعطيه ناقصا عن المقدار الذى تسالما عليه فهذا الشرط الضمنى موجود فى المصالحة فاذا تخلّف فى مورد يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط نظير تخلف الشروط المجعوله فى المعاملات و المصالحة فى المقام كذلك فان المغبون بعد ما علم بالغبن بمقدار معين يصالح حق خيار غبنه بمبلغ معين وهذه المصالحة و ان كانت مطلقة و لكن يشترط فيها بالضمن العقدى أن لا يكون الغبن أزيد من المقدار الذى جرى عليه التسالم و الّا فيثبت له خيار تخلف الشرط و هذا واضح جدا.

و من هنا ظهر بطلان توهم لزوم المصالحة و صحتها بدعوى أن الحق أى خيار الغبن حق واحد بسيط فلا يعقلا جريان المصالحة على بعضه و سقوطه بالمصالحة و بقاء بعضه الآخر فانا لا ندعى سقوط الحق بمقداره و بقائه بمقداره الآخر ليلتزم فيه هذا المحذور و كك بطل قول من

توهم أن المصالحة باطلة بدعوى أن تحقق المصالحة لم يقع على الحق الموجود و ما هو موجود من الحق لم تجر عليه المصالحة فلا وجه لسقوطه فيحكم ببطلان المصالحة و وجه البطلان أن المصالحة قد جرت على الحق الموجود و لكن متزلزلا فقد ظهر أن هذين القولين بين افراط و تفريط.

ثمّ ان ما ذكرناه جار فى خيار الرؤية و خيار العيب أيضا على النحو الذى تقدم فان الخيار فيهما ثابت بالشرط الضمنى وخيار العيب وان كان منصوصا و لكنه ليس على خلاف القاعدة بل النص وردعلى طبق القاعدة نعم ثبوت الارش فى خيار العيب بالنص على خلاف القاعدة.

قوله الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد أقول قد تقدم ذلك فى خيارى الحيوان و المجلس و قد ذكر المصنف ذلك هناك و ما أشكل عليه بوجوه عمدتها أنه اسقاط لما لم يجب فان الخيار لم يثبت حين العقد فاشتراط اسقاطه فيه اسقاط لما لم يجب و قد أجاب عنه المصنف و اجبنا عنه أيضا بما عندنا و لانعيده و لكن ممّا يجب التنبيه عليه هنا أن هذا الاشكال انّما يتوجه لنحتاج الى الجواب اذا كان مدرك الخيار هو دليل نفى الضرر أو الخبر الوارد فى تلقى الركبان فانه عليها لم يثبت حق حين العقد حتى يشترط سقوطه فى ضمن العقد و لكن بناء على ما ذكرناه من كون دليل خيار الغبن هو الشرط الضمنى فلا مجال لهذا الاشكال أصلا فان مرجع سقوط الخيار هو عدم الاشتراط من الاول اذ خيار الغبن كان ثابتا بالشرط الذى يجعلانه المتعاملان بالشرط الضمنى فاذا لم يجعلا ذلك لم يثبت خيار الغبن بتخلف الشرط فيكون نظير التصريح بعدم هذا الشرط كما هو واضح فلا يرد اشكال ح أصلا.

نعم يبقى هنا ما ذكره الشهيد ره من اشكال الغرر بأن هذه المعاملة غررية و سيأتى تفصيل ذلك ٠

و أما الكلام فى المسئلة الثانية أعنى اسقاط الخيار فى ضمن العقد فقد تقدم تفصيل ذلك فى خيارى المجلس و الحيوان و عمدة الاشكال فى ذلك هو لزوم اسقاط ما لم يجب كما عرفت من جهة أن فى ظرف الاسقاط ليس حق و فى ظرف الحق ليس اسقاط و قد تقدم الجواب عن ذلك و قلنا أنه لم يرد فى دليل أنه لا يجوز اسقاط ما لم يجب و انما هو من جهة اللغوية و عدم اعتبار العقلاء أثرا عليه ولو كان هنا اجماع فمنشئه هو ذلك و اذا فرض فى مورد ترتب الأثر عليه و تعلق غرض عقلائى باسقاط الحق الموجود فى ظرفه من الآن فلا محذور فيه فانه يخرج عن اللغوية كما هو واضح و هذا لا شبهة فيه و لكن الذى يسهل الخطب أنه يجرى هذا الاشكال فى المقام الا بناء على كون دليل الخيار دليل نفى الضرر أو الخبر الوارد فى تلقى الركبان و أما بناء على ما ذكرناه من كون دليل خيار الغبن هو الشرط فى ضمن العقد فمعنى اشتراط عدم الخيار فى متن العقد هو عدم اشتراط الشرط الضمنى من الاول فلا يلزم هنا اشكال اسقاط ما لم يجب أصلا فلا يتوجه أن الاسقاط بالفعل ليس له متعلق لعدم وجود الحق و حين وجود الحق ليس اسقاط و لكن يتولد من ذلك اشكال آخر و هو أن المعاملة حينئذ تكون غررية فانهما أقدما على شئ لا يعلم أن مقدار ماليته فى أى مرتبة و بأى مقدار و قد ذكر ذلك الشهيد فى المقام و فى خيار الرؤية و بيان ذلك أما لزوم الغرر فى اسقاط خيار الرؤية من جهة أن بيع العين الغائبة لا يصح الا بذكر الاوصاف التى بها تختلف مالية المال و مرجع اسقاط الخيار الى اشتراء المال بأى

وصف كان و هذا غررى لان الاوصاف لها دخل فى المالية فمقدارالمالية من هذا المبيع غير معلوم و أما فى خيار الغبن فكذلك فان اعتبار ذكر أوصاف المبيع ليس الا لأجل العلم بمقدار ماليته فاذا كان الجهل بالمبيع أو بالصفة راجعا أى الجهل بالمالية فاسقاط خيار الغبن أيضا يرجع الى الجهل بمقدار مالية المال فيلزم الغرر ، وعلى الجمله فاسقاط الخيار أى عدم جعل الخيار فى العقد مع احتمال الغبن يوجب غررية المعاملة اذ لايعلم أن ما تملكه و أخذه أى مقدار من المال و أى مقدار له مالية و هو واضح ٠

و قد أشكل عليه المصنف بما حاصله أن الخيار من الاحكام الشرعيه فلا يكون ثبوته فى البيع موجبا لارتفاع الغرر و الا لصح كل بيع غررى على وجه التزلزل فثبوت الخيار و عدمه بالنسبة الى ثبوت موضوع الغرر فى المعاملة و عدمه سيان ٠

و يرد عليه أن هذا المطلب متين فيما كان الخيار ثابتا بجعل الشارع فانه من الاحكام الشرعية التى لاترتبط بالغرر نفيا و اثباتا فلا يكون ثبوته رافعا للغرر و لا أن سقوطه يوجب الغرر و لكن لا شبهة فى أن الخيار الثابت بجعل المتعاقدين يوجب رفع الغرر فان المعاملة مع اشتراط أن يكون له الخيار مع ظهور الغبن فيها لاتكون غررية أى يكون هذا الاشتراط رافعا للغرر و موجبا لسقوطه فان الغرر هو الخطر فمع هذا الشرط فاى خطر فى المعاملة فانه مختار مع ظهور الغبن فيهاأن يرض أو يفسخها و هو واضح فتحصل أن جعل الخيار فى المعاملة يوجب رفع الغرر فيها ٠

و لكن الذى ينبغى أن يقال أن المعاملة بدون جعل هذاالخيار

أیضا لیست بغرریة و ذلك لان الغرر بمعنی الخطر فهو انما یکون اذالم یعلم أن تصاحبه بالمبادلة أی شئ أو أنه متصف بأی وصف و لذااشترطوا فی البیع کون المبیع معلوم الوجود و معلوم الوصف و اذا انتفی احدهما أو کلاهما کان البیع غرریّا فلو باع أحد داره بما فی الکیس فلا یعلم أنه أی مقدار فی الکیس و أنه أی شئ فیکون البیع غرریّا و أما اذا علم کل من البایع و المشتری ما یأخذه من الآخر و تملکه أی شئ بل یراه و هو فی نصب عینیه و لکن لا یعلم أن قیمته السّوقیة أی مقدار و الجهل بالمالیة من جهة الجهل بالقیمة السوقیة فانه لا یکون ذلك غرریا فنفرض أنه لیس فی العالم سوق و لاعقلاء الا البایع و المشتری فهل یتوهم أحد أن معاملتهما غرریة و هذا بخلاف الجهل باصل الشئ أو بوصفه فانهما یوجبان الخطر حتی لو لم یکن فی العالم سوق و لا عقلاء غیر المتبایعین فان الرغبات تختلف بینا باختلاف الاشیاء و أوصافها و هو واضح ٠

ولو سلمنا أن اعتبار العلم بالقیمة السوقیة أیضا من شرائط البیع و اضفنا ذلك الی شرائط البیع و قلنا لا بدّ من العلم بأصل وجود المبیع و بأوصافه و بمالیته مع أنه لم یعتبر ذلك أحد من الفقهاء أنه لیس هنا غرر أیضا فانه یرتفع بالاطمینان الحاصل اما من اخبار الثقة أو بأصالة الصحة بناء علی اعتبارها أو الرؤیة السابقة أو غیر ذلك و ان لم یکن اطمینانه بمرتبة القطع فاذا اطمئن البایع بعدم کون المبیع أقل من القیمة السوقیة أو اطمئن المشتری بعدم کونه أزید من القیمة السوقیة فلا یکون البیع خطریّا حینئذ و ان لم یکن فی الواقع کذلك لما عرفت فی البحث عن بیع الغرری أن الخطر انما هو قائم بحالة ترد النص وعدم اطمینانها و اذا اطمئن و ان یکن قاطعا بعدم کون قیمة المبیع أقل من القیمة

السوقية فباع على هذا الاطمينان فلا يكون غرريا و بهذا قلنا أن اسقاط خيار العيب و الاقدام بمعاملة مع الاطمينان يكون المبيع صحيحا و ان كان معيبا واقعا لايكون غرريّا بل يصح المعاملة كشراء الجارية مع الاطمينان بكونها صحيحة مع أنها مسلولة و من هنا ظهر حكم الشراء بانيا على الرؤية السابقة على البيع يوما أو يومين بحيث يطمئن عادة أن المبيع لايتغتر فى هذه المدة فانه يكون البيع حينئذ صحيحا مع اسقاط الخيار و ان لم يكن المبيع كذلك فى الواقع اذ لاترد د للمشترى فى ذلك ليكون خطرا فتحصل أن الاقدام على المعاملة مع الاطمينان بالصحة أما اعتمادا على قول الثقة أو على الرؤية السابقة أو على اصالة الصحة بناء على اعتبارها مع اسقاط خيارى الغبن و الرؤية و حينئذ لايوجب كون المعاملة غررية .

الثالث تصرف المغبون بأحد التّصرّفات المسقطة للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن أقول ذكر المصنف أن المشهور بين الفقهاء هو الفرق بين التصرف الواقع بعد العلم بالغبن و بين التصرف الواقع قبل العلم بالغبن فانهم التزموا بكونه مسقطا لخيار الغبن و العيب و التدليس فى الاول دون الثانى .

فان كان المراد بذلك هو الطريقية فهو متين بأن كان التصرف كاشفا عن الرضاء بالعقد و طريقا اليه اذ لافرق فى المسقط بين المسقط القولى و بين المسقط الفعلى اذ الميزان انما هو كونه مبرزا لمافى النفس من الرضاء بالعقد و كاشفا عن سقوط الخيار و من الواضح أن التصرف حين العلم بالغبن له طريقية الى سقوط الخيار الا اذا قامت قرينة على عدم كونه طريقا الى السقوط فى هذه الحالة و ان كان المراد من هذا الفرق الموضوعية بأن كان التصرف مع العلم بالغبن له موضوعية فى سقوط

الخيار فهو باطل اذ كثيرا يوجد التصرف مع العلم بالغبن ولا يكون مسقطا للخيار كما اذا علم بالغبن و بنى على الفسخ ولكن لم يفسخ ليتصرّف فى المبيع ولا يكون التصرف فى ملك الغير كأن اشترى لحافا و التفت الليل الى الغبن و بنى على الفسخ بناء على عدم فورية هذا الخيار و لكن لم يفسخ الليلة من جهة برودة الهوى ليتصرف فى اللحاف مع كونه فى ملكه و أصبح و فسخ فان القرينة قائمة على عدم كون التصرف كاشفا عن سقوط الخيار فلو كان له موضوعية لكان مثل هذه التصرفات ايضا مسقطا للخيار و هكذا لو كان التصرف واقعا فى مقدمة الاسقاط كما اذا اشترى حيوانا فالتفت الى كون المعاملة غبنية و ركبه ليرده الى البايع و يفسخ العقد عنده فان مثل هذا التصرف لا يكون مسقطا للخيار بل قد يكون موجبا لسقوط الخيار مع الجهل بالغبن كما اذا تصرف المغبون تصرفا كاشفا عن الرضا بالعقد حتى لو ظهر فيه غبن كما هو المفروض فلو كان التصرف مع العلم بالغبن له موضوعية فى سقوط الخيار لما كان ذلك موجبا لسقوط الخيار نعم مع العلم بالغبن يكون التصرف كاشفا عن سقوط الخيار غالبا الّا اذا قامت قرينة على الخلاف وعكس ذلك وقوع التصرف مع الجهل بالغبن .

و على الجملة ما ذكره المشهور من الفرق فى مسقطية التصرف بين ما بعد العلم بالغبن و بين ما قبل العلم بالغبن لا يرجع الى محصل اذا كان غرضهم الموضوعية بل له وجه اذا كان غرضهم الطريقية و قد ذكرنا سابقا أنه لا يفرق فى ابراز الاسقاط بين المبرز الفعلى و المبرز القولى كما هو واضح ثم انه لا وجه لقياس خيار الغبن بخيار العيب والتدليس فان سقوط الخيار بالتصرف فى خيار العيب بالنص فاما يفسخ أو يأخذ الأرش

واما فى خيار التدليس فلا دليل فيرجع الى دليل الخيار هذا كله فيما اذا كان المدرك لهذا الخيار هو دليل لاضرر وصدق على هذا التصرف الاقدام على الضرر فانه مع هذا الصدق يسقط الخيار فى صور العلم بالغبن و عدمه و أما اذا لم يصدق على التصرف الاقدام على الضرر فلا يسقط الخيار على كل تقدير أى مع العلم بالغبن و عدمه و هكذا اذا كان الدليل هو الشرط الضمنى فانه ان كان التصرف مصداقا للاسقاط يسقط به الخيار و الّا فلا ، فلايفرق فى ذلك أيضا بين صورتى العلم بالغبن و عدمه غاية الأمر أنه بناء على الاول فالخيار مجعول شرعا و بناء على الثانى فهو مجعول بجعل المتعاقدين .

و أما اذا كان المدرك هو الاجماع فهل هو غير ثابت مع الرضاء أو يقال أن الشك فى الرفع لا الدفع فيستصحب كما ذكره المصنف فيه بحث ثمّ أمر بالتامل و قد يقال ان الاستصحاب لايجرى هنا من جهة أن المدرك للخيار هنا هو الاجماع و قد حقق فى محله أنه اذا كان المدرك هو الدليل اللبى فلا مطرح للاستصحاب فيكون دفعا لا رفعا و لكن يرد عليه أنه لافرق عند التحقيق وعند المصنف فى جريان الاستصحاب بين كون دليل الحكم هو الاجماع أو غيره كما حقق فى محله و قد يقال ان وجه الاشكال فى الاستصحاب هو كون الشك فى المقتضى أى لايعلم وجود المقتضى للخيار مع التصرف للشك فى أن المستصحب له اقتضاء البقاء أم لا .

و فيه أن مورد الشك فى المقتضى ما اذا كان الشك فى نفس الزمان بأن لايعلم مقدار بقاء المستصحب من حيث الزمان لا بقائه من حيث الزمانى و بالنسبة الى كل طار وعارض و الا لرجع كل ما يشك فى

الرافع الى الشك فى المقتضى ٠

وقد يقال بان الوجه فى عدم جريان الاستصحاب هوعدم بقاء الموضوع كما ذكره شيخنا الاستاذ فان الموضوع فى المقام ليس ذات المغبون بل هو مع الرضاء كما ان عنوان السفر والحضر لهما دخل فى القصر والاتمام وعنوان العدالة له دخل فى جواز تقليد المجتهد بحيث يعد الفاسق موضوعا آخر غير العادل وهكذا هنا فالوصف العنوانى يوجب تعنون الموضوع بعنوان خاص وانكان الموضوع حقيقة شيئا واحدا ولكن طرو الاوصاف المتغايرة يوجب التعدد ٠

ولكن هذا أيضا ليس بصحيح وان كان صحيحا فى المسافر والحاضر والعادل والفاسق فى مسئلة التقليد اذ ليس لعنوان الرضاء دخل فى ثبوت الخيار بل هو ثابت لذات المغبون غاية الأمر أن التصرف الصادر عن الرضا مصداق للاسقاط نظير الاسقاط القولى ٠

بل الوجه فى عدم جريان الاستصحاب ما ذكرناه فى علم الاصول من عدم جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكمية فلولا هذه الجهة لم يكن مانع فى جريان الاستصحاب هنا وكان الشك فى الرفع لا الدفع ولحكمنا معه بجريان الاستصحاب فافهم واذا لم يتم الاستصحاب فترجع الى دليل لزوم العقد ٠

قوله الرابع من المسقطات تصرّف المشترى المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع والعتق ، أقول نسب المصنف ره الى المحقق ومن تأخرعنه سقوط خيارالغبن بالتصرف المخرج عن الملك بل هو المشهور بين المتأخرين بل يظهرذلك من كلام الشيخ فى خيار المشترى مرابحة عند كذب البايع أنه لو هلك السلعة

أو تصرف فيها سقط الرد واستظهره المصنف اتحاد هذا الخيار مع خيار الغبن على حد ما استظهره من جامع المقاصد فى شرح قول الماتن ولا يسقط الخيار بتلف العين ·

وكيف كان انما الكلام فى دليل ذلك فنقول انكان المدرك لخيار الغبن هو الاجماع فيمكن أن يقال ان الاجماع دليل لبى فالمتيقن منه انّما هو فرض بقاء العين وأما فى فرض تلف العين فلا اجماع فى البين على أن هذا الفرع ليس معنونا فى كلمات القدماء فكيف يمكن دعوى الاجماع التعبدى على ذلك وان كان يمكن استظهاره من بعض كلماتهم كما استظهره المصنف من الشيخ ره ·

وان كان المدرك هو دليل لاضرر وهو ثابت فى هذه الصورة أيضا لان لزوم هذا العقد ضرر على المغبون فيرتفع بدليل نفى الضرر و من الواضح أن متعلق الفسخ هو العقد فيفسخ العقدو يرد مثل العين الى الغابن و هكذا الحال فيما اذا كان دليل الخيار هوالشرط الضمنى فانه موجود فى صورتى بقاء العين و تلفها ولكن الكلام فى أنه على القولى بكون مدرك الخيار هو دليل لاضرر اشكل عليه بوجهين الاول أنه يسقط الخيار مع التصرف فى العين تصرفا مخرجا عن الملك فانه اقدام على الضرر فمعه يسقط الخيار·

وفيه ما ذكره شيخنا الانصارى ناقلا عن شيخنا الشهيد ره بأن الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابت مع التصرف و التّصرف مع الجهل بالضرر ليس اقداما على الضرر فان الخارج عن عموم نفى الضرر ليس الا صورة الاقدام عليه عالما به فيجب تدارك الضرر باسترداد مادفعه من الثمن الزائد برد نفس العين مع بقائها على ملكه و بدلها مع عدمه

وعلى الجملة فمثل هذا التصرف الواقع فى حال الجهل ليس اقداما على الضرر الّا اذا قامت قرينة على ذلك فانه يوجب سقوط الخيار على النحو الذى تقدم فى المسقط الثالث و عدم بقاء العين لا يضر ببقاء الخيار لان متعلقه العقد كما عرفت مفصلا دون العين ٠

الوجه الثانى أن عدم سقوط الخيار بمثل هذا التصرف المخرج عن الملك ضرر على الغابن أيضا فيكون مشمولا لدليل نفى الضرر وح - فيتعارض دليل لاضرر بالنسبة اليهما و يتساقط و هو واضح فالوجه الاوّل ناظر الى منع المقتضى و الوجه الثانى ناظر الى ابداع المانع و فيه ايضا ما ذكره شيخنا الشهيد من أنه لاضرر فى ذلك على الغابن لان العين المبيعة ان كانت مثلية فلا ضرر عليه لانه يأخذ المثل و ان كانت قيمية فيأخذ القيمة و على كل حال لاضرر على الغابن غاية الامر تفوت الاوصاف الشخصية الغير الدخيلة فى زيادة القيمة و ليس فيه ضرر على الغابن و ان كان مثل تلك الاوصاف أيضا موردا لغرض الغابن بشخصه كما اذا كان كتابا مختوطا بخط أبيه فانه خصوصية شخصية و له دخل فى الغرض الشخص و لكنها لا توجب التفاوت فى القيمة السوقية كما هو واضح ٠

و تحصل أنه لو تصرف المغبون فى العين جهلا تصرفا مخرجا عن الملك لا يوجب هذا التصرف سقوط الخيار بناء على كون مدرك الخيار هو دليل نفى الضرر أو الشرط الضمنى الّا اذا قامت قرينة على كونه اقداما على الضرر أو مصداقا لسقوط الخيار فانه ح يسقط الخيار بذلك ٠

قوله ثمّ ان مقتضى دليل المشهور عدم الفرق فى المغبون المتصرف بين البايع و المشترى أقول الظاهر هو عدم الفرق بين كون المغبون هو البايع أو المشترى بناء على كون المدرك هو دليل نفى الضرر أو الشرط

الضمنى فانه على كلا التقديرين لعموم الدليل بهما نعم بناء على كون مدرك الخيار هو الاجماع لا يشمل ذلك البايع لان المذكور فى كلماتهم هو المشترى فيكون هذا حكما تعبديا مختصا بالمشترى كما هو واضح و لكن قد عرفت عدم وجود الاجماع التعبدى فى المقام .

قوله و مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم و بين فكّ المالك كالعتق و الوقف و بين المانع عن الرّد مع البقاء كالاستيلاد أقول بناء على عدم ثبوت الخيار بالتصرّف المخرج عن الملك لا فرق فيه بينما يكون التصرّف موجبا لاعدام العين كأن اشترى الخبز المساوى بستة فلوس بخمسين فلسا فأكله أو كانت العين باقية و لكن زالت الملكية عنها كما اذا اشترى عبدا فاعتقه ثمّ علم بالغبن أو كانت العين باقية مع وصف الملكية و لكن كانت ملكا للغير كما اذا باعها المغبون من غيره بالبيع اللازم أو كانت العين باقية فى ملك المغبون أيضا و لكن تصرف فيها تصرفا أوجب ذلك التصرف المنع عن الرجوع كما اذا اشترى أمه فاستولدها فان العين لم تتلف و لم تزل عنها الملكية أيضا و لكن وجد فيها وصف أوجب المنع عن ردها الى الغابن فانه على القول بعدم سقوط الخيار بالتصرف المخرج عن المالك جهلا لا يفرق بين هذه الصور بل يبقى الخيار على حاله كما أنه على القول بعدم بقائه أيضا لا يفرق بين هذه الصور .

و هل يلحق بما ذكر نقل العين الى غيره بالعقد الجائز أوالتدبير والوصية أم لا ذكر المصنف ما صرّح به جماعة أن الناقل الجايز لايمنع الرّد بالخيار اذا فسخه فضلاً عن مثل التدبير و الوصية من التصرفات الغير الموجبة للخروج عن الملك فعلا .

و ذكر شيخنا الاستاذ أن فى مورد النقل يمتنع الفسخ مادام العين

المغبون فيها خارجةً عن ملك المغبون ولو كان النقل جائزا لان الفسخ يقتضى رد العين من ملك الفاسخ الى ملك المفسوخ عليه ورد بدلها من ملك المفسوخ عليه الى ملك الفاسخ والعين اذا لم تكن ملكا للفاسخ يمتنع الرد و لكنه تسلم امكان الرّد فى التدبير و الوصيةً لان نفس الفسخ ابطال لهما .

أقول يمكن أن يقال ان النزاع بأنه يمكن الفسخ فى مورد النقل بالعقود الجائزه كما ذهب اليه شيخنا الانصارى أو يستحيل كما ذهب اليه شيخنا الاستاذ خارجٌ عن المقام أصلا و لاموضوع لهذا البحث و ذلك لان من يفسخ العقد يقصد مع ذلك رد العين الى البايع فما يفسخ به العقد من الفعل أو القول يكون ذلك انشاء لفسخ العقد الذى غبن فيه المغبون و أيضا انشاء للعقد الجائز الناقل للعين الى غيره فيكون فعله هذا أَو قوله الذى يقع به الفسخ مبرزا لفسخ عقدين العقد اللازم الذى وقع فيه الغبن و العقد الجائز الناقل للعين الى غيره وبعباره أخرى أن المغبون اذا فسخ العقد يقصد بذلك رد العين الى الغابن و معنى رد العين الى الغابن ليس الا فسخا للعقد الجائز فيكون فسخ المغبون المعقد الذى وقع فيه الغبن بالالتزام فسخا للعقد الجائز أيضا و عليه فلاموضوع لما ذكره المصنف من امكان الرد و لا لما ذكره شيخنا الاستاذ من عدم امكان الفسخ هذا كله لااشكال فيه .

و أما اذا نقل المغبون العين الى غيره بالاجارةً فهل يبقى الخيار مع ذلك أم لا أما بناء على بقاء الخيار مع ما ذكرناه من النواقل اللازم و الجائزةً فواضح لا شبهةً فيه و أما على القول بعدم بقاء الخيار مع الأمور المذكورةً فهل يبقى الخيار هنا أم لا فالظاهر هو بقاء الخيار وذلك لأن

العين باقيةً فى ملك المغبون و ليس عن ردّها الى الغابن مانع أصلا و ليس المقام مثل الامور السابقةً الناقلةً للعين الى ملك الغير نقلا لازما أو نقلا جائزا و لاأن هنا مانعا عن الرّد كالاستيلاد غايةً الأمر أن العين مسلوبةً المنفعةً الى مدةً معلومةً فيفسخ المغبون العقد و يملك الغابن العين و لكن مسلوبةً المنفعةً الى مدةً معلومةً على انك عرفت أنه مع عدم امكان ردّ العين أيضا يمكن لان متعلقةً هو العقد دون العين الخارجيةً كما لا يخفى ·

و على الجملةً أن التصرف المخرج عن الملك حقيقةً أو حكما لا يمنع عن بقاء الخيار و هكذا التصرف فى المنفعةً كما فى الاجارةً بل عدم سقوط الخيار هنا أولى ·

ثمّ انه لو امتزجت العين بشئ آخر ثمّ علم الغبن فهل يوجب ذلك سقوط الخيار أم لا وعلى تقدير ان لا يكون موجبا لسقوطه فهل يكون ذلك مانعا عن الرّد أم لا و هنا مسألتان الاولى فى أن الخيار هل يبقى مع الامتزاج أم لا والثانيةً أنه مع القول بالبقاء هل يكون ذلك مانعا عن الرّد أم لا أما المسئلةً الاولى فقد ظهر حكمها من السابق حيث عرفت أن التصرف الموجب للتلف موضوعا أو حكما لا يكون سببا لسقوط الخيار و كذلك فى المقام سواء كان الامتزاج بالاعلا أو بالادنى أو بالمساوى و سواء اختلط بمال المشترى المغبون أو بمال غيره و ذلك لما عرفت أن متعلق الفسخ هو العقد دون العين حتى يلزم من تلفه أو انتقاله الى شخص أخر انتفاء موضوع الفسخ و أما أن الامتزاج مثل التصرف المخرج عن الملك فمن جهةً أن الامتزاج يوجب خروج العين عن الملك لا تمامها بل ببعضها و بهذا الخروج تحصل الشركةً الاشاعةً فينتقل بعض من كل

من الممتزجين بعضا مشاعا الى ملك مالك الآخر فتصبح العين بينهما مشتركة على وجه الاشاعة.

و أما المسئلة الثانية فهى أنه هل يمكن الرّد هنا أم لا فنقول أما اذا لم يرض الغابن لما امتزجه سواء كان الامتزاج بالاعلى أم لا فلا شبهة فى انتقال حقه الى المثل أو القيمة فان ما أخذه المغبون من الغابن لميكن ممتزجا بغيره و لم يكن مشتركا بينه و بين غيره فالشركة عيب فى ماله فله أن لا يقبله و يطلب من المغبون مثله أو قيمته فانه حين ما سلمه الى المغبون لم يكن معيوبا بهذا العيب كما هو واضح.

و على الجملة فللغابن أن لا يرض بالممتزج و طلب منه غيره و ان رضى بذلك فليس للمغبون أن يمنع من أدائه لأن الشركة و ان كانت عيبا فى المال و موجبة لانتقال بعض مال الغابن الى المغبون لحصول الاشاعة بذلك الا أنه مع ذلك متعلق حقه و ماله غاية الامر ماله المعيوب بعيب حصل بفعل المغبون و له مطالبة نفس ذلك و ليس للمغبون أن يمنع من رده لان الغابن له أن يسقط ما كان فى ماله من القيمة عن العيب الذى هو الشركة و ليس ذلك اعتبار وصف زايد فيه حتى يكون ذلك عناية زايدة و لا يكون للغابن حق المطالبة. والامر كذلك فى جميع المقامات التى يشترط المشترى كون المبيع واجداً لوصف الكمال ولكن فى مقام التسليم و التسلم يغمض النظر عن حقه و لا يطلب الواجد للوصف كما لا يخفى مثلا لو فرضنا أن زيدا اشترى عبدا كاتبا من عمرو و هو عند المطالبة يطالب عبدا فاقدا للكتابة و يغمض عن جهة الكتابة لأنه اغماض عن حقه و ليس للبايع اجباره بالعبد الكاتب مثلا الا اذا كان الواجد للوصف مباينا مع الفاقد كفرش كاشان مع فرش همدان

فانه لو وقعت المعاملة على فرش كاشان و رضى البايع بفرش همدان و لكن لا يرض المشترى بفرش همدان اما لعدم وجوده عنده أو من جهة أخرى فانه ليس له أن يجبر البايع بذلك و ان كان اغماضا عن الحق بل ينفى البيع الاول فى تسليم فرش همدان بل يحتاج الى معاملة أخرى لانها بجودة الاول و ردائة الثانى من المتباينين و هذا بخلاف ما كان الوصف وصف الكمال فقط كما اذا كان المبيع الحنطة الفلانية التى جيدة و رضى البايع بالحنطة الفلانية التى ردية و رضى المشتر بالردى فانه ليس للبايع اجباره بالجيّد لأن المبيع شئ واحد غاية الامر قد اعتبر فيه وصف الكمال فيسقط المشترى هذا الشرط فلا محذور فيه كما لا يخفى فافهم و تامل و من هنا ظهر حكم لو تعيب المبيع بفعل المغبون و لم يخرج عن ملكه فانه لو لم يرض به الغابن لا بدّ له من اعطاء المثل أو القيمة و أما لو رضى به فليس للمغبون اجباره بالمثل أو القيمة بدعوى أنه صار معيبا و ذلك لان العيب ليس مانعا عن مطالبة الغابن ماله كالامتزاج غاية الأمر أن حصول العيب يجوز له مطالبة المثل أو القيمة مع عدم الرضاء بالمعيب و أما مع الرضاء به فليس لأحد أن يمنعه من ذلك لكونه ماله كما هو واضح .

و أما لو زادت العين فقد تكون الزيادة عينية و قد يكون حكمية و أما اذا كانت الزيادة عينية كما اذا اشترى حيوانا صغيرا فصار شابا كبيرا أو اشترى حيوانا هزالا فصار سمينا أو اشترى شجرا صغيرا فصار كبيرا فهل تكون مثل هذه الزيادة مانعة عن ثبوت الخيار للمغبون و عن الرد على تقدير ثبوت الخيار أم لا الظاهر أنه لا يمنع ذلك عن ثبوت الخيار لو كان مغبونا حين العقد لما عرفت أن الفسخ قد تعلق على

العقد دون العين فيمكن فسخ العقد مع ذلك وأما ردّ العين فالظاهر أنه ليس للغابن رد العين على هذه الحالة بل لابدّ اما من الرضاء بالمثل أو القيمة أو الرضا بالعين على هزالتها وصغرها مثلا و تكون الزيادة للمغبون لحصولها فى ملكه فتحصل الشركة و يكونان شريكين للعين بحسب حصتهما كما هو واضح فافهم و تأمل.

و قد عرفت أن الامتزاج ليس مانعا عن رجوع الغابن الى ملكه و لكن نقول انه يكون مانعا عن ذلك و تفصيل الكلام أن الشركة قد تكون بمعنى كون كل من الشريكين مالكا لنصف العين المشتركة بجميع أجزائها بحيث يكون حق كل منهما معلوما عند الله و لعلّ هذا هو المعروف بين الاصحاب الثانى : أن يكون كل من الشريكين مالكا لمجموع العين المشتركه ملكية ناقصة و الفرق بين الاول و الثانى أن ملكية المالك فى الوجه الاول مستلقة لما عرفت أنه مالك لمجموع النصف مستقلا و لكن المملوك ناقص فانه هو النصف و أما فى الوجه الثانى فالمملوك مستقل وهو مجموع العين المشتركة و لكن مالكية المالك ناقصة فان كل منهما نصف المالك و المجموع مجموع المالك منهما مالك واحد مستقلا كما هو واضح .

اذا عرفت ذلك فنقول ان الامتزاج أيضا مانع عن الرّد كبقيّة النواقل اللازمة و ذلك لأنه يوجب الشركة بحسب السيرة العقلائية ليكون كل جزء مشتركا بين الشريكين الى ان ينتهى الامر الى الاجزاء الصغار التى لا تفيد القسمة بالآلة التى لا يعتبر لها العقلاء المالية فيكون الامتزاج من اسباب الشركة و فاقدا عن الرّد فأما على الاحتمال الاول من وجهين الشركة فمن جهة أنه ينتقل بالامتزاج نصف مال كل من الشريكين الى الأخر وبالعكس فيكون كل جزء مشتركا بين الشريكين واقعا و ما قيل أنهما يكونان مشتريكين

فى الظاهر فلا وجه له اذ ليس الواقع مجهولا لنا حتى نقول بالملكية الظاهرية و عليه فيكون الامتزاج مثل سائر النواقل اللازمة مانعة عن الرّد فينتقل الضمان الى البدل من المثل أو القيمة ٠

و على الوجه الثانى من وجهين الشركة فربما يتوهم أن المملوك هنا شئ واحد و لكن المالكية ناقصة فلا مانع من الرّد و لكنه واضح الفساد أيضا بداهة أن مالكية كلّ من الشريكين ناقصة بالنسبة الى المملوك و أنّ كلّ واحد منهما نصف المالك على مجموع العين فمالكية كلّ من الشريكين المستقلة انتقلت الى الشريك الآخر فبالعرض يكون المملوك أيضا منتقلا الى الآخر بمعنى أن العين تكون مملوكة للشريك الآخر مجموعا بنصف المالكية و لم تكن العين قبل الشركة كذلك و منتقلة الى الآخر فالنقل متحقق على كل تقدير كما هو واضح و عليه فلا يمكن ردّ العين أيضا لكون المقام كسائر النواقل اللازمة ٠

ثمّ انّه لو انتقل المبيع بناقل لازم أو جائز الى غيره ثمّ رجع الى ملكه فهل للغابن مطالبة ذلك و ليس للمغبون منعه عن رده أو ليس له مطالبته و أن ذلك أيضا مانع عن الرّد أو يفصل بين ماكان الارجاع بسبب جديد كالشرى و التوارث و الهبة فلا يرجع اليه الغبن أو بسبب هو من شؤون السبب الاول كالفسخ و الاقالة و نحوهما فله حق الرجوع الى المغبون وجوه و قد ذكر شيخنا الاستاذ تفصيلا فى المقام و تفصيل المقام فى جهتين الاولى فى ثبوت الخيار و الثانى فى ردّ العين أمّا الاوّل فلا شبهة فى ثبوت الخيار ح لعين ما تقدم فانك قد عرفت أن متعلق الفسخ هو العقد دون العين فالعين سواء كانت باقية أو تالفة فالخيار على حاله و مع الفسخ يرجع الى العين مع البقاء و الّا فالى المثل أو

القيمة ففى المقام على فرض أن نقول أن رجوع العين الى ملك المغبون بعد انتقالها الى غيره مانعة عن الرّد فلا مانع أيضا من ثبوت الخيار كما لايخفى فافهم · و أما الجهة الثانية فسيأتى الكلام فيه فى تصرّف الغابن هذا كله فى تصرّف المغبون ·

و أما لو تصرف الغابن فى العين التى انتقلت اليه بالنواقل اللازمة كالبيع و الهبة لذى رحم و الهبة المعوضة و نحوها من النواقل اللازمة فهل يوجب ذلك سقوط الخيار و عدم جواز ردّ العين أم لا أما سقوط الخيار فلا وجه له أصلا فانا لم نقل بسقوطه بتصرف المغبون الذى هوذى الخيار مع أن للسقوط فيه وجه فكيف بسقوطه بتصرّف الغابن الذى عليه الخيار فالخيار باق على حاله كما هو واضح لايخفى و أما بالنسبة الى ردّ العين أى فهل للمغبون ردّ العين التى نقلها الغابن الى غيره بالنواقل اللازمة أم لا ففيه وجوه الاول تسلط المغبون على ابطال ماوجده الغابن من أصله الثانى تسلطه على ابطاله من حين الفسخ الثالث لا هذا ولا ذك بل اذا فسخ المغبون و كانت العين منتقله الى شخص آخر بناقل لازم كالوقف و العتق و نحوهما فيرجع الى البدل من المثل أو القيمة ·

أما مدرك القول الاول أعنى البطلان من رأسه فمن جهة أن العقد الذى أوقعه الغابن فانما أوقعه فى متعلق حق الغير كما فى بيع الرهن فيكون ذلك موجبا لتزلزل العقد من الاول و عليه فمقتضى قانون الفسخ هو تلقى الملك من الغابن الذى وقع البيع معه لا من المشترى الثانى و ح فيكون الفسخ ابطالا لعقد الغابن ليمكن ردّ العين من الغابن بمقتضى العمل بقانون الفسخ كما هو واضح فان معاملته لايزيد على المعاملة

الفضولية و على بيع الراهن العين المرهونة فيكون الفسخ ردا لذلك ·

و أما مدرك القول الثانى أن العقد انما وقع على العين التى هى متعلق حق الغير لثبوت حق المغبون بأصل المعاملة الغبنية وانّما يظهر له بظهور السبب فللمغبون استرداد العين اذا ظهر السبب و حيث وقع العقد فى ملك الغابن فلا وجه لبطلانه من أصله بل يبطل من حين الفسخ و بعبارة أخرى أن الجمع بين دليل سلطنة الناس ودليل الخيار يقتضي نفوذ تصرّفات الغابن ما لم تبلغ حدّ المزاحمة لحق المغبون فاذا بلغ هذا الحد اقتضى دليل الخيار السلطنة على فسخ المعاملة و أخذ العين عمّن كانت بيده ·

و أما مدرك القول الثالث فهو أنه لا وجه لتزلزل عقد الغابن حتى يكون فسخ العقد الاول فسخا له اما من أصله أو من حين الفسخ بل نقول بلزوم عقد الغابن و رجوع المغبون بعد فسخ عقده الى البدل من المثل أو القيمة و ذلك اما من جهة أن التّصرّف فى زمان خيار الغير المتصرّف صحيح لازم كما هو الحق و سيأتى فى احكام الخيار فيسترد الفاسخ البدل واما من جهة عدم تحقق الخيار قبل ظهور العيب كما تقدمت الاشارة اليه و سيأتى التعرض له فى احكام الخيار·

أما الوجه الاول فيمكن المناقشه فيه أن هذا انما يصح اذا قلنا ان متعلق الفسخ هو العين فانه ح يكون الفسخ المغبون ابطالا لعقد الغابن من الاول لكون العين متعلقة بحقه فيكون الفسخ ردا لها من الاول فيحكم ببطلان عقده من رأسه كما هو واضح و لكن الامر ليس كذلك بل متعلق الفسخ انما هو العقد كما عرفت و عليه فلا مجال لبطلان عقد الغابن بناء على الاوّل يكون عقد الغابن كعقد الفضولى لكون العين متعلقة لحق الغير كالعين المرهونة اذا باعها الراهن فان الفضولى

لیس منحصرا ببیع مال الغیر بل یعم بیع متعلق حق الغیر أیضا وعلیه فیکون فسخ المغبون ردا لبیع الغابن من الاول و لکن قد عرفت أن الأمر لیس کك على أن کون المقام بمنزلة الفضولی یقتضی أن لا یکون عقد الغابن صحیحا مع عدم الامضاء ان لا یکون بطلانه متوقفا على الرّد فقط فانا لو فرضنا أن المالك لم یلتفت الى العقد الفضولی حتى مات فهل یتوهّم أحد أن ذلك العقد یکون صحیحا ، نعم لو التفت الى العقد الفضولی و مع ذلك سکت فیمکن أن یکون سکوته اجازة فافهم ٠

و أما الوجه الثانی فیرد علیه أن متعلق حق الخیار ان کان هو العین فتکون تصرّفات الغابن مراعا باجازة المغبون لعقد الفضولی فان اجاز صحت تصرّفاته و الا فتکون باطلة من الاول و على الثانی فتکون تصرّفات الغابن نافذة سواء فسخ المغبون العقد أم لا فلا وجه لابطال عقد الغابن من حین الفسخ أصلا لأنه اما أن یکون باطلا من الاوّل أو أنه صحیح لا یبطل أصلا کما هو واضح و اذا بطل الوجهان ثبت الوجه الثالث و قد عرفت و سیأتی فی أحکام الخیار أن تصرّفات من علیه الخیار نافذة من دون توقف على اجازة المغبون و علیه فاذا فسخ المغبون العقد و کانت العین منتقلة الى الغیر بتصرف الغابن فیرجع المغبون الى المثل أو القیمة نعم لا یجوز لمن علیه الخیار فی العین فی البیع الخیاری کما عرفت فانك قد عرفت أن بناء المتعاقدین فی مثل ذلك على بقاء العین کما هو واضح ٠

و أما الاستیلاد فهو لا یمنع عن ثبوت الخیار و لا یوجب سقوطه لما عرفت أن متعلق الفسخ هو العقد فیفسخ المغبون العقد و یرجع اما الى العین أو البدل و أما بالنسبة الى رد العین بان یقال هل یکون الاستیلاد

مانعا عن رد الأمة نفسها أولا فقد احتمل المصنف جواز الرد وعدم كون الاستيلاد مانعا عن الرد من جهة أن سبب حق الخيار سابق على الاستيلاد فلذى الخيار رد العين بعد الفسخ ولكن الظاهر عدمه فان حق الاستيلاد يرفع موضوع حق الخيار وان كان متقدما فلايوجب تقديمه جواز الرد اذ ليساهما اى حق الخيار وحق الاستيلاد من المتزوجين حتى يتقدم حق الخيار لتقدم سببه بل حق الاستيلاد يرفع موضوعه حتى مع تقدم حق الخيار فانه ورد فى الشريعة المقدسة أن أم الولد لشرافتها لا تخرج عن ملك مولاها الا فى قيمة رقبتها ومن الواضح أن النفى يعم جميع أنحاء الخروج عن الملك ولو بفسخ العقد كما هو واضح لا يخفى وعليه فالاستيلاد مانع عن الرد ٠

وأما العقد الجائز فهل هو مانع عن ثبوت خيار المغبون أو ردّ العين أم لا كما اذا تصرّف الغابن فى العين المنتقلة اليه بعقد جائز بأن وهبها لشخص بهبة جائزة فهل يوجب ذلك سقوط خيار المغبون أو يمنع ذلك عن جواز رد المغبون العين بالفسخ أم لا أما سقوط الخيار فقد اتضح مما تقدم أنه باطل فان التصرف بالعقد الناقل اللازم لا يوجب السقوط فالعقد الجائز كيف يكون موجبا لذلك والسر فيه ما تقدم أن تصرّف نفس ذى الخيار لا يوجب السقوط لكون الفسخ متعلقا بالعقد وكيف تصرّف الغابن ٠

وأما رد العين فحكم عقد الجائز هنا بالنسبة الى رد العين غير حكم عقد الجائز فى تصرف المغبون وذلك لأنك قد عرفت أن فسخ المغبون مع قصد رد العين الى الغابن والالتفات بان الفسخ يستلزم رد العين اليه يكون فسخا لكلا العقدين أى أصل العقد وعقد المغبون

اعنی العقد الجائز الذی هو محل الکلام هنا و بعبارة أخری الفسخ الواحد یکون مبرزا لفسخ کلا العقدین و لکن لا یجری ذلک فی المقام حیث انّ العقد الجائز هنا انما صدر بفعل الغابن و فی ملکه و فسخ المغبون أصل العقد ولو مع قصد رد العین لا یکون فسخا لعقد الغابن لو صرح المغبون بأنی فسخت عقد الغابن أیضا لا یفید الا أن یفسخ الغابن بنفسه فانه ینفسخ بفسخه فهذا الوجه لا یفید ·

و قد ذکر صاحب المسالک لو کان الناقل ممّا یمکن ابطاله کالبیع بخیار ألزم بالفسخ فان امتنع فسخه الحاکم و ان امتنع فسخه المغبون و تنظر فیه المصنف بأن فسخ المغبون أصل العقد اما بدخول العین فی ملکه و اما بدخول بدلها فعلی الاول لا حاجة الی الفسخ حتی یتکلم فی الفاسخ و علی الثانی فلا وجه للعدول ممّا استحقه بالفسخ الی غیره ثمّ قال اللّهم الا أن یقال انّه لا منافات لأن البدل المستحق بالفسخ انّما هو للحیلولة فاذا أمکن رد العین وجب علی الغابن تحصیلها ثمّ قال لکن ذلک انما یتم مع کون العین باق علی ملک المغبون و أما مع عدمه و تملك المغبون للبدل فلا دلیل علی وجوب تحصیل البدل · علی انا لم نقل ببدل الحیلولة لعدم الدلیل علیه کما عرفت فی محله سابقا والتّحقیق أنه لا دلیل علی تسلط المغبون علی ارجاع العین اذا فسخ العقد اذا کانت العین منتقلة الی غیره من الغابن سواء کان الانتقال بعقد لازم أو جائز فان المغبون لیس له أزید من التسلط علی فسخ العقد ورد العین اذا کانت غیر منتقلة الی شخص آخر و الا فلا دلیل علی اجبار الغابن علی فسخه عقده الجائز و مع امتناعه یفسخ الحاکم و مع عدمه یفسخ المغبون کما هو واضح فانه لیس للمغبون شئ من ذلك لعدم الدلیل

عليه وحق فسخه انّما تعلق بالعقد دون العين حتى يقال ان العين مورد لحق المغبون .

والحاصل أنك قد عرفت أنه يقع الكلام فى مقامين الاول فى فسخ المغبون العقد قبل رجوع العين الى ملك الغابن والثانى فى فسخه بعد رجوعه اليه أما الاول فقد عرفت أنه لاوجه لانفساخ عقد الغابن أو فسخه لانه انّما وقع فى ملكه بل يرجع المغبون الى البدل نعم بناء على بدل الحيلولة يمكن أن يكون أخذ البدل من جهة الحيلولة بين المالك وانتفاعه عن العين ولكنه مضافا الى بطلان القول بالبدل الحيلولة أنه فرق بين المقام وبين موارد بدل الحيلولة كماعرفت .

وأما اذا كان الفسخ بعد رجوع العين الى ملك الغابن بأنكانت العين منتقلة الى الغير ثمّ رجعت الى ملك الغابن فهل للمغبون أن يأخذ العين من الغابن أوليس له ذلك فالظاهر من المصنف وصريح شيخنا الاستاذ هو التفصيل بين ما اذا رجعت العين الى الغابن بسبب جديد وبين ما رجعت اليه بزوال السبب الذى به انتقلت العين الى الغيركفسخ العقد واقالته فانه على الاوّل التزما بعدم جواز رجوع المغبون الى العين بل لابدّ وأن يرجع الى البدل من المثل أوالقيمة وعلى الثانى فله الرجوع الى العين وذكر شيخنا الاستاذ أن كلام الشافعى من العائد الزائل كأنه لم يزل أوكأنه لم يعد له وجه هنا وليس نقله لمجرّد حسنه كما أورده بعض على المصنف فانه على الاول فالزائل العائد كأنه لم يعد فانه اذا كان العود بسبب جديد فيفرض الزائل العائد كأنه لم يعد الى الغابن وأما على الثانى فكأن الزائل العائدلم يزل أى كأن العين لم ينتقل من ملك الغابن الى شخص آخر ولم يزل

من ملكه بل هی باقیة علی ملكه علی السبب الذی انتقل الیه بهذا السبب .

و لكن الظاهر أنه لا فرق بین الصورتین فانه علی كلا التقدیرین یرجع المغبون الی العین لكونها متعلقة لحق المغبون فاذا وجدت فی ملك المغبون فله الرجوع الیها ولیست الملكیة قابلة للرّد حتّی یقال أن الملكیة الزائلة كالذی لم تزل أو كالذی لم تعد أو یقال بأن قانون الفسخ هو تلقی الملك من الغابن علی النحو الذی تلقاه من المغبون بل هی اذا زالت ، زالت بالكلیة و لم تعد بعد و انّما الكلام فی كون العین متعلقة لحق المغبون فاذا وجدت فی ملك الغابن یرجع الیها كیف ما كان و قد ذكر ذلك السیّد ره هذا كله فیما اذا كان التصرف موجبا للخروج من الملك و أما اذا لم یكن التصرف موجبا للخروج عن الملك فقد قسمه المصنف الی أقسام الاول أن لایكون موجبا للتغیر بوجه لا من حیث الزیادة و لا من حیث النقیصة و هذا خارج عما نحن فیه فانه لا شبهة فی عدم منعه عن الرّد و اما أنه یوجب النقیصة أو یوجب الزیادة و قد یكون موجبا للامتزاج و أما علی تقدیر كونه موجبا للنقیصة فذلك قد یكون بنقصان جزء من المبیع و أخری بنقصان وصف الصحة و ثالثة بنقصان وصف الكمال بحیث لها دخل فی زیادة المالیة و رابعة بنقصان وصف لیس دخیلا فی زیادة القیمة أصل أما الأخیر فهو أیضا خارج عن المقام فانه لا یوجب شیئا أصلا كما أن المبیع كان واجدا لوصف غیر دخیل فی زیادة المالیة و قد فقد بالفعل كأن یكون عبدا كان یحب المحل البارد و فعلا لا یحبّه وأما الوجه الاول أعنی النقصان بنقصان جزء المبیع فلا شبهة أیضا فی أنه یرجع المغبون الی البقیة و یأخذ البدل للجزء الفائت لكونه تالفا وأما المتوسطان

أعنى ما كان الفائت هو وصف الصحة أو وصف الكمال فقد فصل المصنف فيهما بين فوات وصف الصحة و التزم بلحوقه بالجزء الفائت و بين فوات وصف الكمال و التزم برجوع المغبون الى العين بدون شئ فيه أصلا .

ثمّ ترقى المصنف و الحق بوصف الكمال مالو وجدت العين مستأجرة فان على الفاسخ الصبر الى أن ينقضى مدة الاجارة ولا يجب على الغابن بدل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة الى بقية المدة بعد الفسخ لان المنفعة من الزوائد المنفصلة المتخلله بين العقد و الفسخ فهى ملك للمفسوخ بالمنفعة الدائمية تابعة للملك المطلق فاذا تحقق فى زمان ملك منفعة العين بأسرها ثمّ ذكر أنه يحتمل انفساخ الاجارة فى بقية المدة لان ملك منفعة الملك المتزلزل متزلزل و هو الذى جزم به المحقق القمى اذا فسخ البايع بخياره المشروط له فى البيع ثمّ اشكل على ذلك بمنع تزلزل ملك المنفعة نعم ذكر العلامة فى القواعد فيما اذا وقع التفاسخ لأجل اختلاف المتبايعين أنه اذا وجد البايع العين مستاجرة كانت الأجرة للمشترى الموجر و وجب عليه للبايع أجرة المثل للمدة الباقية بعد الفسخ و قرره على ذلك شراح الكتاب .

أقول أما ما ذكره من الفرق بين وصف الصحة و التزم بالارش و بين وصف الكمال و التزم بالرجوع الى العين بدون شئ لا يرجع الى محصل و ذلك لان الاوصاف مطلقا سواء كانت أوصاف الصحة أو اوصاف الكمال ان كانت تقابل بالمال فلابدّ من الرجوع الى الارش فى كليهما و الا فلا و اذن فلا وجه للفرق بين وصف الصحة و بين وصف الكمال و حيث ذكرنا مرارا و ستعرف فى أحكام الشروط أن الاوصاف مطلقا لا تقابل بالمال فاذن فلا وجه للرجوع الى الارش بل اذا رجع المغبون الى العين و

واجدة لها و يرجع الى التفاوت بينهما لا أن الاوصاف لها قيمة فيرجع اليها . على أنه لو كانت الاوصاف تقابل بالمال فمقتضى القاعدة أن تنقص من الثمن سواء طالب المغبون أم لا لاأن يرجع الى الغابن و يؤخذ منه الارش و أما ثبوت الارش فى خيار العيب مع المطالبة فمن جهة النص .

و بعبارة أخرى أن التفرقة بين وصف الكمال و وصف الصحة انّما يكون بأحد الوجهين الاول كون وصف الصحة بمنزلة الجزء الفائت بأن يقع مقدار من الثمن بازائة بحيث لازمه ان ينقص من الثمن مع فوته عند الغابن دون وصف الكمال و لهذا ممّا لم يلتزم به المصنف بل و لا يمكن الالتزام به لان الاوصاف و ان كانت موجبة لزيادة مالية المال الا أنها لا تقع فى مقابلها شئ من العوض فى عقد المعاوضة و ثبوت الأرش فى خيار العيب فى مقابل وصف الصحة انّما هو بالتعبد لا من جهة وقوع الثمن بازائة و الا كان اللازم رد بعض من خصوص الثمن .

و الوجه الثانى أن يكون زوال وصف الصحة تحت اليد موجبا للضمان دون وصف الكمال فيقال بان الضمان المعاوضى و ان تبدل بضمان اليد بعد القبض الا أن تبدله انما هو فى خصوص العين و وصف الصحة دون وصف الكمال و هذا أيضا ممّا لا يمكن الالتزام به لأنه لا فرق بين الاوصاف فى أنها باجمعها مضمونة على المفسوخ عليه كما تكون مضمونة على الغاصب لان وجه الضمان فى البابين انما هو قاعدة ضمان اليد و أنه لا بدّ من ردّ العين على الوجه الذى وضع الغاصب عليه اليد ففى كل مورد كانت اليد يد ضمان فلا و أن ترد العين على النحو الذى أخذت و حيث كانت فاقدة لجهة دخيلة فى مالية العين فلابدّ و أن تقوم العين واجدة لها و

فاقدة لها و يؤخذ التفاوت و على الجملة لو تمت هذه القاعدة لا يكون ضمان لوصف الصحة أيضا بل العين لان كلا منهما ملك الغابن و تلف تحت يده مع أنه ضامن بلا شبهة وكيف كان فمقتضى قاعدة ضمان اليد هو الرجوع الى الغابن على العين على النحو الذى وضع الغابن يده عليها فان كانت موجودة صحيحة اخذت العين و الا فالبدل بالمقدار الذى فاتت عنها كلا أو جزءً كما لا يخفى فافهم .

لا يقال أن يوم الفسخ هو يوم الضمان و من الواضح أن العين فى هذا اليوم فاقدة للوصف فلا يكون وصف الصحة تحت الضمان فانه يقال أن الضمان المعاملى الذى هو المعنى فى كل عقد يضمن بصحيحة يضمن بفاسده موجود من الاوّل فلابدّ و أن يخرج من عهدته كما اذا تلفت العين قبل الفسخ بلا عيب و نقصان فان المغبون يرجع بعد الفسخ على العين الصحيح عينا أو بدلا فافهم .

و أما ما اورد على المحقق القمى من عدم كون الملكية متزلزلة من الاول فى عقد الاجارة صحيحة و لكن ليس لازمه أن لا يكون للمغبون الا العين الخالية عن المنفعة و الا فربما يكون الغبن فى ارجاع العين بلا منفعة الى نهاية مدة الاجارة اكثر من الغبن فى أصل العقد و لا أنه لنا دليل على الرجوع الى أجرة بقية المدة كما ذكره فى القواعد بل مقتضى قانون الفسخ و قاعدة ضمان اليد أن يرجع الى العين على النحو الذى اسلمها الى الغابن بجميع خصوصيات تلك العين وحيث كانت الخصوصيات فائتة فتقوم العين صحيحة و واجدة لجميع المنافع بالفعل و فاقدة للمنفعة الى مدة فيؤخذ التفاوت و لكن هنا نكتة تنبه بها شيخنا الاستاذ و ليس أن نقصان العين عن القيمة المتعارفة انما كان فاقدة

لمنفعة مدة خاصة و اذا فيكون التفاوت بمقدار اجرة مثل بقية المدة ولذا عبر فى القواعد بأجرة المثل فافهم ٠

و الحاصل أن التصرف قد لا يكون موجبا للتغيّر لا عينا و لا حكما و هذا لا شبهة فى أنه يرجع الفاسخ الى المفسوخ عليه بلا ضمان على شئ أخر و قد يكون موجبا للتغيّر اما بالنقيصة أو بالزيادة أو بالامتزاج أما النقيصة فقد عرفت أنها قد تكون بنقصان الجزء و قد يكون بنقصان وصف الصحة و قد يكون بنقصان وصف الكمال و قد يكون بنقصان وصف لا دخل له فى زيادة المالية أصلا أما الأخير فلا شبهة فى خروجه عن محل الكلام بداهة عدم دخله فى المالية أصلا فلا يكون نقصانه موجبا للضمان أصلا و أما بقية الاقسام فلا شبهة فى كون النقصان فيها موجبا للضمان فتقوم العين واجدة للخصوصية الفائته و فاقدة لها فتوخذ التفاوت و الوجه فى ذلك أن قاعدة ضمان اليد تقتضى ضمان العين على النحوالذى أخذها من المالك و وجب عليه ردّها الى صاحبها بجميع الخصوصيات الدخيلة فى المالية و ما ذكره المصنف من الفرق بين وصف الصحة و وصفة الكمال لا يمكن المساعدة عليه فانهما مشتركان من حيث عدم مقابلتها بالمال بنفسهما و من حيث دخلهما فى زيادة المالية كما لا يخفى ٠

و كذا اذا كانت العين مستأجرة فان مقتضى اليد هو ارجاع العين على النحو الذى اخذها الغابن من المغبون و من الواضح أن العين لم تكن مسلوبة المنفعة حين ما أخذها الغابن من المغبون فلابدّ من ردها واجدة للمنفعة و حيث أنها مستأجرة و مسلوبة المنفعة الى مدة معينة فتقوم واجدة للمنفعة و فاقدة لها و يؤخذ التفاوت و لا وجه لما ذكره المصنف من عدم الشئ على الغابن كما هو واضح ٠

ثمّ ان هنا قسما آخر من النقيصة الذى لم يتعرّض له المصنف و لعلّه كان من جهة الوضوح و هو أن النقصان قد يكون حكميّا بمعنى يكون نقصان فى القيمة السوقية و هذا لا يدخل تحت الضمان بوجه فان مقتضى ضمان اليد هو ارجاع العين على النحو الذى أخذت من المالك و من الواضح أن العين اذا ردّت كك يسقط الضمان عن ذى اليد و أما تفاوت القيمة فلا يدخل تحت الضمان كما هو واضح فافهم .

و أما اذا كان التصرف موجبا للزيادة فقد تكون الزيادة حكمية بان يكون التفاوت فى زيادة القيمة السوقية و هذا لا يوجب الضمان أيضا كما كان لا يوجب فى طرف النقيصة فليس للغابن أن يرجع الى المغبون بزيادة القيمة فان مقتضى قاعدة اليد هو ضمان العين بجميع خصوصياتها الدخيلة فى ماليتها و المفروض أنها رجعت كك وأما زيادة القيمة السّوقية كنقصانها فلا تدخل تحت الضمان فلا مقتض للضمان هنا أصلا لا زيادة و لا نقيصة كما لا يخفى و اذا فسخ المغبون و رجع الى العين فليس للغابن أن يدعى أن العين قد زادت قيمتها . و ان ترد الزيادة لعدم كون المغبون ضامنا لهذه الزيادة و أنه أخذ العين على النحو الذى كان دفعها الى الغابن مع الخصوصيات الدخيلة فى المالية فزيادة القيمة أو نقصانها بحسب السوق ليست من تلك الخصوصيات فافهم .

و ان كانت الزيادة فى الاوصاف التى لا تكون دخيلة فى المالية أصلا كما تقدم نظيره فى طرف النقيصة أيضا كقصارة الثوب (أو غسله) و صفاء الذهب بأن نظفه فصار نظيفا و هكذا فمثل هذه الزيادة أيضا لا شئ عليها كما لا شئ على مثلها فى طرف النقيصة .

و أما اذا كانت الزيادة فى الأوصاف التى لها دخل فى زيادة المالية

كتعليم العبد صفة العلم و الكتابة و الخياطة أو صنعة من الصنايع و كصرورة العين سمينا و غيرها من الاوصاف التى أحدثها المشترى فى العين و أوجبت زيادة المالية فاذا فسخ المغبون العقد و قد صارت العين متغيرة بمثل هذه الزيادة فى ملك الغابن مثلا فهل للغابن أن يرجع الى هذه الزيادة أم لا فقد ذكر المصنف أنه يصير شريكا للعين مع المغبون .

أقول ان أراد من الشركة الشركة فى العين فلا وجه له و ذلك لأن الأوصاف و ان كانت واسطة لثبوت المالية أو زيادتها فى العين و لكنها باجمعها لا تقابل بالمال كماعرفت وعليه فلاوجه لحصول الشركة فى العين بزيادة تلك الأوصاف لعدم المقتضى لذلك و ان أراد أن حصول الشركة فى المالية فهو متين بمعنى أن تلك الأوصاف قد أوجبت زيادة المالية فى العين فتلك الأوصاف بنفسها و ان لم بقابل بالمال و لا تدخل تحت الضمان و لكنها تقابل المال بتبع العين فهى واسطة لثبوت المالية أو زيادتها فى العين و العين واسطة لعروض المالية على تلك الأوصاف و عليه فيكون الغابن بعد فسخ المغبون شريكا فى مالية العين مع زيادة الوصف الموجب لزيادة قيمة العين و من هنا تكون هذه الأوصاف داخلة تحت الضمان فى طرف النقيصة أيضا كما هو واضح و الشاهد على حصول الشركة فى المالية هى السيرة العقلائية فان سيرتهم قائمة على أن زيادة الأوصاف توجب زيادة المالية بحيث يكون المحدث شريكا مع أصل المالك كما اذا اشترى صفرا من شخص فجعله قدرا أو اشترى صوفا و جعله عباء أو فراشا و هكذا ثم ظهر أن المعاملة مشتملة على الغبن فان السيرة قائمة على أن الغابن شريك فى مالية العين فى مقابل تلك الاوصاف التى

أوجدها فى العين و ليس للمغبون أخذ العين بلا رد شئ الى الغابن مع أن الصفر الخالص أو الصوف الخالص يساوى عشر ما يساوى القدر و العباء ·

و الفرق بين الشركة فى العين و الشركة فى المالية أنه لو أخذ المغبون العين و زالت صفة الزيادة الموجبة لزيادة المالية بلاتفريط من المغبون و قبل رد حصة الغابن كما اذا زالت صفة السمن أوصفة الكتابة أو صفة العلم و نحوها فانه يزول حق الغابن لقوامه بالصفة الزائدة و المفروض أنها زالت و هذا بخلاف ما اذا قلنا الشركة فى العين فانها قائمة بنفس العين فمادامت العين موجودة فالشركة موجودة سواء زالت الأوصاف أم لا ·

ثمّ ان الظاهر أنه لافارق بين حدوث هذه الأوصاف بفعل الغابن أو بفعل اللّه تعالى فانه على كل تقدير فالشركة فى المالية حاصلة فان ما يقابل الأوصاف الزائدة من المالية ليست أجرة لعمل الغابن حتى يتوهم أن الزيادة اذا كانت بفعل اللّه تعالى فلا عمل للمشترى حتى يقابل بالاجرة بل المقابل بالمال انما هى نتيجة العمل الصادر من الغابن و عليه فسواء كانت الزيادة بفعل اللّه تعالى أو بفعل الغابن فهما مشتركتان فى النتيجة فتكونان موجبتين للشركة فى المالية فلاوجه لما فرق به شيخنا الاستاذ بين ما كانت الزيادة بفعل الغابن فللشركة وجه و بين ما كانت الزيادة بفعل اللّه تعالى فلا وجه للشركة ، ولو كان للعمل دخل فلابدّ من القول بثبوت الاجرة فيما اذا عمل عملا كثيرا و لم ينتج كما اذا علم العبد الكتابة و لم يتعلم لبلادته فافهم ·

و قد عرفت أن الكلام قد يقع فى صورة الاتلاف و قد تقدم الكلام فيه

و قد يقع فى صورة النقيصة على أقسامها و قد يقع فى صورة الزيادة و قد عرفت أن الزيادة اذا كانت فى القيمة السّوقية فلاحق للغابن أن يطالبها من المغبون لعدم المقتضى فان له رد العين على النحو الذى أخذها و المفروض أنه لم يحدث فى العين حدثا حتى يوجب زيادة المالية بل هى من جهة زيادة القيمة السّوقية • وكك الكلام فى النقيصة وأما الزيادة الاوصاف الكمالية أو الصحة فقد عرفت انها تدخل تحت الضمان و توجب الشركة فى المالية كما لا يخفى و أما الزيادة فى الأوصاف الغير الدخيلة فى المالية فلا توجب شيئا بوجه •

ثمّ ان الزيادة قد تكون عينا ممتازا عن المبيع أو الثمن الذى غبن فيه و هذه الزيادة قد تكون أجنبية عن العين بالكلية وغير مربوطة بها و هذا كما اذا اشترى الغابن دكانا فى الجادة و وضع فيه المتاع و التفت المغبون بالغبن ففسخ العقد فانه يأخذ دكانه و ليس للغابن أن يقول أن ثمن متاع فى هذا المكان أغلى من المكان الآخر و النقل اليه يكون ضررا عليه فلو انتقله لحديث نفى الضرر فان ذلك الزيادة من جهة خصوصية المكان لا من جهة أن الغابن عمل هنا عملا فذلك العمل قد أوجب الزيادة و هذا خارج عن المقام•

و قد تكون الزيادة مع كونها ممتازة عن العين التى وقعت عليها المعاوضة مربوطة بالعين كما اذا اشترى الغابن أرضا فغرس فيها الاشجار أو بنى فيها البناء أو اشترى قميصا و خاط فيه النقوش التى هى موجودة بعينها •

و تفصيل الكلام هنا أنه قد يكون الأرض ملكا مطلقا لشخص و لكن أشغلها شخص آخر غصبا بأن غصبها و بنى فيها البنى أو غرس فيها

الاشجار وكذلك لو انتقلت الأرض اليه بعقد فاسد وغرس فيها الاشجار ومثل ذلك ما لو أجرها من شخص وانتهى أمد الاجارة وقد أشغلها المستأجر بالبناء نحو ذلك من الموارد فانه لا شبهة في امثال ذلك أن لمالك الارض أن يطالب من مالك البناء تفريغ أرضه فانه لا عرق لظالم واذا منع فرغه بنفسه كما حقق في محله وليس عليه شئ أصلا فانه مالك على الارض وليس للغاصب أن يمنعه من التصرف في ملكه حتى لو كانت قيمة البناء عشرة آلاف دينار وقيمة الأرض عشرة دينارا فايضا لمالك الارض مطالبة أرضه ولو مع رضاء مالك البناء بالبقاء على الشركة كما هو واضح لان مالك الارض له السلطنة على ملكه بمقتضى دليل السلطنة وليس لأحد أن يمنعه من ذلك وليس المقام مشمولا لدليل نفي الضرر لكونه في مقام الامتنان والمقام ليس كك على أن مالك البناء قد أقدم على الضرر باختياره.

وقد يكون ملك المالك على الارض ملكية محدودة من الاول كما اذا كان لأحد حديقة فوهب أرضها لأحد أولاده وأشجارها لاولاده الأخر فانه ليس لمالك الارض أن يجبر مالك الاشجار على اجبار تفريغ الارض فانه مالك على الارض من الاول ملكية محدودة لا ملكية مطلقة وعليه اذا باع مالك الاشجار أشجاره من شخص فيبيعها بهذه الخصوصية بأن تبقى الاشجار فيها لأنها تقلع ومن هذا القبيل ارث الزوجة من البناء دون العقار فانه اذا باعته من شخص ليس للورثة أن يجبروا المشترى بقلع البناء وليس لهم أن يجبروها بقلع البناء فانها تستحق البناء لا الاحجار والاخشاب كما لا يخفى.

وهنا قسم ثالث لا يعلم حاله فيشك كونه من القسم الاول أو من

القسم الثانی و هو ما نحن فیه أعنی تملك الأرض بفسخ العقد بخیار الغبن فهل یتملك المغبون الارض ملکیة مطلقة حتی یکون له مطالبة الغابن بتفریغ أرضه بلا أرش أصلا أو لا یملکه الا ملکیة محدودة فلیس له ذلك و مثل ذلك تملك الارض بحق الشفعة ففی المقام أقوال ثلثة قول بأنه مثل القسم الأول فلمالك الأرض الذی هو المغبون أن یطالب الغابن تفریغ أرضه من دون أن یکون علیه شئ کما اختاره فی المختلف فی الشفعة أو عدم تسلطه علیه کما علیه المشهور فیما اذا رجع بایع الأرض المغروسة بعد تفلیس المشتری أو تسلطه علیه مع الارش کما اختاره فی المسالك هنا ۰

و منشأ الخلاف أن الغابن ألذی یستوفی منفعة الارض الی مدة هل یکون بذلك مالکا لمنفعة الأرض الی انتهاء المدة التی استوفی منفعتها الی تلك المدة بحیث لو عادت الارض الی ملك المغبون تبقی المنفعة فی ملك الغابن أیضا بغیر أن یکون علیه شئ من الاجرة کما هو کذلك فی الاجارة بأن آجر العین الی مدة معینة حیث الاجارة لم تفسخ لوقوعها فی ملك الغابن و کذلك الأمر هنا فان التصرف قد وقع فی ملك نفس الغابن فلا یتوجه علیه غرامة أصلا ۰

و بعبارة أخری شأن الغرس والزرع والبناء علی الارض شأن اجارتها من شخص آخر الی مدة فکما أنها تکون مسلوبة المنفعة فی الاجارة و مع ذلك لیس للمغبون فسخ عقد الاجارة و کذلك فی المقام فان الاستیفاء یکون سببا لتملك المنفعة فتکون الأرض مسلوبة المنفعة و لیس للمغبون أن یطالب تفریغ الأرض غایة الأمر له حق مطالبة الأجرة علی الأرض ۰

و بعبارة أخری أن الغارس قد استوفی منفعة الأرض مادام غرسه

باقيا كما فى الاجارة فيجب عليه بعد الفسخ أو الانفساخ تدارك مااستوفاه بأجرة المثل أو قيمة النقص و التفاوت و لايبعد أن يكون هذا القول هو المشهور بين العلماء ٠

أو يقال ان مالك الأرض قد دفع العين الى الغابن فارغة عن البناء و الاشجار و واجدة للمنفعة فله مطالبة أرضها بعد فسخ العين أو انفساخه على النحو الذى دفعها اليه و لم تكن ذلك مسلوبة المنفعة أو تطلبها من الغابن كذلك بمقتضى قانون الفسخ و دليل ضمان اليد كما هو واضح و الحق هو الثانى فان مقتضى ضمان اليد هو رد العين على النحو الذى دفعها الى الغابن و من الواضح أن الارض التى دفعها اليه لم تكن مسلوبة المنفعة فلابدّ له من ردّها كذلك و أما قياس المقام بالاجارة فبلا وجه لكونه مع الفارق فان فى عقد الاجارة قد يعتبر ملكية المنافع الى مدة للمستأجر و هذا لا بأس به فان الاعتبار خفيف المؤنة و لا بأس من تعلقه على الأمر المعدوم و أما تصرّف الغابن بنفسه فى الأرض على نحو يستلزم كون الأرض مسلوبة المنفعة الى مدة و يستوفى منفعتها لنفسه فهذا لا يعتبره العقلاء الملكية له بوجه و اذا فاذا فسخ المغبون العقد فله مطالبة أرضه فارغة عن البناء و الغرس و له قلع ذلك كلّه و تفريغ أرضه فان مقتضى اليد هو ذلك ٠

و هل يثبت للغابن تفاوت قيمة الاشجار المغروسة أو البناء فانّها بعد القلع تكون أحجارا و أخشابا فيكون متضررا و هو منفى فى الشريعة المقدسة أو ليس له ذلك و قد يقال بثبوت تفاوت القيمة بين البناء و الاحجار و بين الشجر و الخشب على صاحب الأرض فلابدّ له أن يعطى ذلك للغابن لوجهين الأول قاعدة نفى الضرر فان قلع بناء الغابن أو

اشجاره عن الأرض ضررعليه فيكون منفيا بحديث نفى الضرر فيجب على صاحب الأرض أن يعطى الأرش لصاحب البناء أو الاشجار .

و فيه أولا ما ذكره المحقق الايروانى من أنه ليس هنا ضرر على الغابن بل هو من قبيل عدم النفع فانه قد بنى فى هذه الأرض البناء و غرس فيها الاشجار أوعلم العبد الصناعة مثلا لينتفع بها و لم يتمكن من الانتفاع لا أنه تضرر اذ ليس له ملكية مطلقة على الأرض مع البناء والاشجار الموجودة فيها بل كانت ملكيته محدودة بحدّ خاص و بوقت معين واجبار مالك الأرض الغابن بقلع شجرة أو بنائه ليس ضررا عليه بل منع عن الانتفاع به كما هو واضح .

و ثانيا أن دليل لاضرر لا يشمل موردا يلزم من شموله له ضرر على شخص آخر فانه بالنسبة الى كل منهما على حدّ سواء فيكون شموله لاحدهما معارضا بشموله للأخر فان اجبار صاحب البناء على قلع بنائه بدون الاجرة ضررعليه و اعطاء صاحب الأرض قيمة البناء باستثناء احجاره ضرر على صاحب الأرض فانه بأى وجه يلزم بذلك مع أنه لا يطلب الا أرضه فمقتضى قاعدة اليد هو وجوب رد أرضه عليه على النحو الذى اعطاها للغابن و لا وجه لتضرره من جهة فعل الغابن كما هو واضح .

و بعبارة أخرى أن حديث لاضرر وارد فى مقام الامتنان فلا يشمل موردا يكون شموله ضررا على الغير لأنه خلاف الامتنان (وهنا وجه ثالث نذكره فى الوجه الثانى) الوجه الثانى أن قاعدة احترام مال المسلم تقتضى أن لا يذهب ماله هدرا فان اجباره على قلع شجره أو اشجار عن ارض المغبون بلا اعطاء تفاوته خلاف احترام مال المسلم فلابدّ له من اعطاء تفاوت القيمة بين البناء و الأحجار و بين الاخشاب و الاشجار و قد ذكر

ذلك شيخنا الاستاذ ·

و فيه أولا أن حفظ احترام مال المسلم يقتضى حرمة اتلافه والا يكون المتلف ضامنا و أما ثبوت ضمانه على شخص آخر فلا تقتضيه تلك القاعدة ففى المقام أن صاحب الأرض لا يطلب من الغابن الا أرضه على الذى اعطاه اياها فلابدّ للغابن أن يردها الى المغبون وحيث كانت تلك الارض فارغة و غير مسلوبة المنفعة فلابد للغابن أن يردها كذلك و من الواضح أن ذلك لا يمكن الا أن يفرغ الغابن الارض و يقلع بنائه واشجاره وأى ربط لذلك على ثبوت الضمان للمغبون ·

و بعبارة أخر أن احترام مال المسلم يقتضى أن لا يذهب هدرا باتلاف أحد لا أنه يقتضى أن يكون ضمانه فى مورد التلف على شخص لا يتلفه أصلا فالمغبون لا يطلب الا أرضه و ليس له شغل باتلاف مال الغابن و انّما الغابن يتصدى باتلاف ماله لعدم حق له فى ابقائه فى أرض الغير و بعبارة أخرى أن ابقاء الغابن ماله فى أرض المغبون بعد الفسخ حرام و ليس لبقائه فى أرض الغير احترام أصلا فانه بعد الفسخ يكون ابقائه ذلك فى أرض الغير غصبا و ليس لعرق الظالم حق ·

و يرد على كلا الوجهين النقض بما اذا غرس أحد اشجارا فى أرض الغير جهلا بأنها للغير فلم يستشكل أحد فى أنه تقلع الاشجار و ليس على الغارس شئ مع أنه ليس غاصبا حتى يقال انه يؤخذ بأشق الاحوال مع أن لازم القول بثبوت التفاوت على المغبون لقاعدة الضرر أو لقاعدة احترام مال المسلم لكان لازم ذلك أن يثبت التفاوت على صاحب الأرض فى هذه المسئلة أيضا و قد عرفت أنه لم يقل أحد بضمان التفاوت هنا كما هو واضح فتحصل أنه لا يثبت تفاوت القيمة على المغبون كما هو واضح ·

وقد عرفت أنه كان الكلام فى تصرّف الغابن مع ثبوت الخيار للمغبون وكان الكلام فى صورة الزيادة بما لا يكون متصلا بالعين وانتهى الى ما اذا غرس الغابن أشجارا فى أرض المغبون فهل له حق لا بقائها فيها أو لا وقد عرفت أن هنا أقوال ثلثة الاول عدم ثبوت حق للمغبون على قلع الاشجار لكون تصرف الغابن واقعا فى ملكه فيكون نظير استيفاء المنفعة بالاجارة الثانى تسلطه على اجباره على القلع من غير ثبوت حق للغابن أصلا وقد اختاره العلامة فى شفعة المختلف الثالث للمغبون أن يبقى أشجاره فى أرضه مع الأجرة وهذا القول قد اختاره المسالك وتبعه جمع من المتأخرين وقد ذكرنا مدرك جواز القلع بلا أجرة الذى هو قول العلامة واخترناه لأن المغبون له حق مطالبة أرضه من الغابن على النحو الذى سلمها اليه لدليل اليد وان كان لازم ذلك صيرورة أشجار الغابن حطبا وقد عرفت أيضا مدرك ثبوت الاجرة من قاعدة لاضرر وقاعدة احترام مال المسلم وقد عرفت جوابهما أيضا ٠

وقد ذكر شيخنا الاستاذ أن الغابن وان كان لم يملك الارض ملكية مطلقة ولكنه مالك للاشجار فاذا أجبره المغبون على القلع تكون الصورة الشجرية متبدلة بصورة الحطبية فتزول المالية الشجرية ومن الواضح أن هذا ضرر عليه ولكن قد عرفت جوابه مما ذكرناه سابقا فان المغبون لا شغل له بازالة المالية عن الاشجار وازالة الصورة الشجرية وانما له مطالبة أرضه فارغة كانت أو لا بمقتضى دليل اليد ولا يستند انتفاء المالية عن الشجرة الى المغبون بوجه وانّما لازم مطالبته الأرض هو ذلك وهو بمجرّده لا يستلزم الضمان وهل يتوهم أحد أنه اذا نسى أحد أو غفل أن الأرض الفلانية ملك شخص آخر فغرس فيها أشجار أن تفاوت القيمة

بين الشجرية الخشبية بعد القلع على صاحب الأرض وليس كذلك وعلى الجملة فنقطة الكلام هو أن مقتضى دليل اليد هو وجوب رد أرض المغبون على النحو الذى أخذها الغابن منه و ما يترتب على الرّد من اللوازم فهو مطلب آخر لا يكون مستندا الى المغبون كما هو واضح و لا يقاس المقام باستيفاء المنفعة بالاجارة لكون ذلك بالملك كما عرفت ٠

ثم انه فرق صاحب المسالك بين الغرس و الزرع فالتزم فى الاوّل بعدم لزوم الصبر على المالك لعدم وجود مدة ينتظر فيها و فى الثانى بلزوم الصبر مع الاجرة لوجود مدة ينتظر فيها و لكن لا نعرف وجها صحيحا لهذه التفرقة الا طول المدة و بعدها فان المدة كما كانت محدودة فى الزرع كذلك كانت محدودة فى الغرس أيضا فأى معنى للقول بأن فى الزرع مدة فيتفرغ فيها دون الغرس فاطول ما يعيش من الشجر هو النخلة فانها على ما يقولون تعيش مأة سنة و مع ذلك فهذه المدة محدودة فتنحل بعدها نعم فرق بينهما من حيث طول المدة و قصرها و لكنه لا يكون فرقا فى المقام فان المغبون له مطالبة أرضه من الغابن مطلقا و لا يجوز له الامتناع عن ذلك ولو كانت مدته قليلة و دعوى عدم ثبوت حق اجبار قلع الزرع مع قصر المدة دعوى بلا وجه لكونه تخصيصا فى دليل اليد و من البديهى أنه لا دليل عليه كما هو واضح فانه فأى مخصص لها بالنسبة الى ما اذا كانت مدة التصرف فى العين قليلة و قد وجه شيخنا الاستاذ كلام المسالك بأنه اذا كانت الأرض مشغولة بالزراعة فليس فيها ضرر على المالك اذ الأرض قابلة للزرع و معدة له و اذا اعطى الغابن أجرة الأرض فلا يكون هنا ضرر على المالك حتى يتعارض الضرران هذا بخلاف كون الأرض مشغولة بالغرس فانه ضرر على المالك ٠

و فيه أنه ليس لهذا الكلام الّا الصورة فانه يمكن أن يقال انّ الارض المغروسة معدة للشجر فاذا غرس الغابن فيها شجرا و اعطى أجرتها لمالكها لايكون فى ذلك ضرر على المالك حتى يتعارضان و هو واضح فلا دليل على هذه التفرقة أيضا و على الجملة أن مقتضى دليل اليد هو تسلط صاحب الارض على مطالبة أرضه من الغابن و ان استلزم ذلك ضررا على الغابن فان ذلك لايستند اليه فافهم.

ثمّ انه هل يفرق بين المقام و بين مسئلة التفليس أم لا و قد ذهب المشهور الى أنه ليس للبايع الفاسخ قلع الغرس ولو مع الارش فى التفليس و ذكر المصنف أنه يمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس فى ملك متزلزل فيما نحن فيه فحق المغبون انما تعلق بالارض قبل الغرس بخلاف مسئلة التفليس لأن سبب التزلزل هناك بعد الغرس فيشبه بيع الارض المغروسة و ليس للمشترى قلعه ولو مع الأرش بلا خلاف أقول لا شبهة على تقدير ثبوت خيار التفليس فليس بين المقام و بينه فرق أصلا بل فى كلا الموردين للمالك بعد الفسخ أن يطالب ماله بمقتضى دليل ضمان اليد و ليس لأحد أن يمنع من ذلك كماهو واضح فلاوجه لماذكره المصنف من ملاحظة الاشبقيةُ و اللاحقية فانه على القول بالثبوت يتزاحمان ولو كان أحدهما سابقا و الآخر لاحقا اذ الاسبقية يوجب عدم التزاحم فى المدة الخالية عن المزاحم و لكن فى مدة وجود المزاحم يتزاحمان بقاء كما لايخفى و لكن الذى يسهل الخطب ما ذكرناه فى عدم ثبوت حق للمشترى فى مسئلة التفليس أيضا حتى يتكلّم فى التزاحم بل من له الخيار يفسخ و يأخذ أرضه من المشترى و ان استلزم ذلك ضررا على المشترى كمالايخفى الا أن الكلام فى أصل ثبوت الخيار فى مسئلة التفليس مع انتقال العين

الى غيره بالهبة أو بالبيع فانه مع ذلك لا يصدق بقاء العين كما هو واضح وقد حقق ذلك فى كتاب التفليس نعم مع ثبوت الخيار فلصاحب الخيار أرجاع العين كما فى المقام .

ثمّ انّه على القول بثبوت حق المطالبة لمالك الارض أرضه من الغابن الغارس فهل له قلع أشجاره مباشرة أو يطالب قلعه من الغابن فاذا امتنع باشره بنفسه وجوه الظاهر أنه ليس له مباشرة قلعها فان الثابت على ما ذكره المصنف لكل من المتبايعين مطالبة حقه عن الآخر فلمالك الأرض مطالبة أرضه من الغابن فلمالك الشجر مطالبة اشجاره من المغبون فاذا امتنع أحدهما عن ذلك رجع الى الحاكم و هو يجبره على ذلك و الّا باشر كل منهما على تفريغ حقه بنفسه ولو باشر مالك الارض مثلا قلع أشجار الغابن بدون مطالبته من الغابن فيضمن نقصان القيمة لكونه اتلافا لمال الغير بدون اذنه فيكون ضامنا و من هنا ظهر حكم الاعضان الداخلة على الجار فان الجار له اجبار مالك الاعضان على القلع و تفريع أرضه من ذلك و هكذا الحيوان الداخل على ملك الغير فالمالك يجبر صاحب الحيوان على الأخذ والا فيخرجه بنفسه فلو أخرجه بنفسه و تلف يكون ضامنا و ما ذكره المصنف بين الاعضان الداخلة على الجار فلا يجوز للجار اجبار المالك لكونه بلا اختيار و بين غرس الاشجار فى ارض الغير فله اجبار المالك على الغرس لكونه مع الاختيار لا وجه له فان دخول الاعضان على الجار وان كان بلا اختيار حدوثا و لكنها باقية فى ملك الغير باختيار المالك بقاء فله مطالبة تفريغ داره عن ملك الغير كما لا يخفى فافهم .

وأما لو كان التغير بالامتزاج ذكر المصنف ره صورا فى المقام لأنه

اما أن يكون بغير جنسه و اما أن يكون بجنسه فان كان بغير الجنس فان كان على وجه الاستهلاك عرفا لا يحكم فى مثله بالشركة كامتزاج ماء الورد بالزيت فانه يعدّ تالفا غاية الأمر يوجب مزية الماليه فى الخليط الآخرفى بعض الأحيان و هذا يكون من صور زيادة مالية العين بفعل الغابن و قد تقدم الكلام فى ذلك وان كان الامتزاج على وجه لا يعدّ تالفا كالخل الممتزج بالانجبين ففى كونه شريكا أو كونه كالمعدومة وجهان وان كان الامتزاج بالجنس فان كان بالمساوى تثبت الشركة و كذلك بالأردى ولو كان بالاجود احتمل الشركة فى الثمن و ان كان الاجود يساوى قيمت الردى كان المجموع بينهما أثلاثا الخ .

و الظاهر أن ما ذكره المصنف من الأول الى أخره من التقسيمات مناقض لما ذكره سابقا من حكم الامتزاج فى تصرفات المغبون و الظاهر أنه لا فرق بينهما موضوعا و حكما و قد ذكر سابقا ان الامتزاج فى حكم التالفا لحصول الشركة المانعة عن الرد وعليه فلا وجه لما ذكره هنا من حصول الشركة بين البايع و المشترى و قد ذكرنا سابقا فى تقريب كلام المصنف أن قانون الفسخ يقتضى ردّ كل من العوضين الى الآخر على النحو الذى أخذ و من الواضح أن الامتزاج يوجب الشركة التى عبارة عن انتقال مقدار من مال كل من الشريكين الى الآخر لتحصل الشركة فى تمام الاجزاء التى لا تقبل القسمة عرفا وعليه فاذا فسخ المغبون و أراد رد عينه فلا يرجع اليه جميع ما اعطاه الآخر من العوض بل مقدارا منه و مقدارا من مال الغير لأن المفروض هو حصول الشركة كما لا يخفى وعلى هذا فلابدّ من الرجوع الى البدل بعد الفسخ .

و بعبارة أخرى تارة نتكلم فى بقاء الخيار و عدمه مع حصول الامتزاج

و هذا لا شبهة فيه لأنا قلنا بثبوته مع التلف وكيف بالامتزاج والشركة و أخرى نتكلم فى امكان ردّ العين مع الامتزاج وهو لا يمكن فان قانون الفسخ يقتضى ردّ العين على النحو المأخوذ والمفروض أنها امتزجت بغيرها و حصلت الشركة بينهما فلو رجعت رجع نصف من العوض و نصف عن المال الآخر كما هو واضح فلابدّ ح من الرجوع الى البدل من المثل أو القيمة هذا الذى ذكرناه سابقا و يجرى مثله فى المقام أيضا فانه لا فرق بين الامتزاج الحاصل بفعل الغابن أو بفعل المغبون وهذا واضح جدا ·

ثمّ ان التكلم فى أقسام الامتزاج وحصول الشركة فى بعضها دون بعض وان كان خارجا عن المقام ولكن لا باس بالتعرض لذلك لمناسبة تعرض المصنف له والّا فليس مربوطا بخيار الغبن لما عرفت أن المزج يلحق بالخروج عن الملك ومعه يمتنع الرد كما لا يخفى فنقول أن ما يمتزج من المال بمال آخر اما أن يكون بحيث يعد معدوما عرفا اذا امتزج الآخر و يكون مستهلكا فيه عرفا من غير أن يكون ذلك موجبا للشركة قطعا وهذا كما اذا اشترى الغابن زيتا من المغبون و مزج فيه مقدارا من العطر فانه يعدّ ذلك العطر تالفا فى نظر العرف فلا يوجب المزج الشركة هنا نعم قد يوجب ذلك زيادة المالية وح يكون ذلك من صغريات الزيادة بتصرّف الغابن وقد تقدم الكلام فى ذلك مفصلا و هذا نظير أن يقع الجرة من الحائط وحسب مائه الحلو بحوض أحد فيه ماء المر فانهما وان كانا من جنسين وقد امتزج أحدهما بالأخر ولكن ماء الجرة لقلته يعد تالفا فى ماء الحوض كما هو واضح فهذا القسم من الامتزاج لا يوجب الشركة قطعا ثم ان كان ذلك بغير اختيار فيذهب العطر وماء الجرة هدرا لعدم ما يوجب الضمان على صاحب الزيت والحوض من اليد والاتلاف فلا يرجع عليه

لعدم استناده اليه ولأن هنا ما يوجب الاشتراك كما عرفت وان كان باختيار شخص وان كانت يده يد ضمان فلابدّ عليه من أداء بدل العطر والماء وان كانت يده يد أمانة فلا شئ عليه هذا حكم ما لوكان أحد (الممتزجين) تالفا فى الآخر مع التفصيل فى الضمان.

وان كان الامتزاج بحيث يستهلك كلّ من الخليطين فى الآخر ولا تبقى لكل منهما الصورة النوعية بل تحصل هنا صورة نوعية أخرى وان كان المادة منهما باقية وهذا كمزج الترياق مع الزعفران مع بعض الأجزاالأخر فان ذلك يوجب تشكيل صورة نوعية التى تسمى بمعجون البزرج الذىكان مرسوما سابقا وكان ياكله الشيوخ ولا تبقى الصورة النوعية لكل من الاجزاء فى نظر العرف ولا يبعد أن يكون السكنجبين من هذا القبيل حيث ان كلّ من الخل والعسل قد زالت صورتهما النوعية فى نظر العرف وان كانت باقية بالدقة العقلية وانما تحققت هنا حقيقة أخرى.

وعليه فيكون كلّ من مالك الخل ومالك العسل شريكا فى العين بحسب المالية لا بحسب مقدار الممزوجين يعنى يقوم العسل ويقوم الخل وينسب أحدهما الى الأخر فيكون كلّ منهما مالكا للماهية المركبة الحاصلة من الخليطين بحساب المالية لا بحساب مقدار العوضين والا فلازم ذلك أن يكون السكنجبين الحاصل من العسل والخل الذان كلّ منهما كيلو واحد أن يكونا شريكين فى السكنجبين على نسق واحد مع أن قيمة العسل عشر مقابل قيمة الخل بل أزيد ويختلف ذلك زيادة ونقيصة باختلاف الموارد اى باختلاف مالية الممزوجين وكيف كان فتحصل الشركة هنا فى العين باعتبار نسبة مالية الممزوجين لا قدرهما وليست الشركة هنا فى المالية فقط ولا فى المقدار فقط.

الثالث أن يكون الممتزجان من جنس واحد و لم يكن الامتزاج موجبا لاتلاف أحدهما أو كليهما كما فى القسمين المتقدمين بل تكون عين كل منهما موجودة حتى فى نظر العرف و ان كانا مع ذلك متساويين من حيث الجودة و الرداءة فلا شبهة فى حصول الشركة فى العين كما هو واضح ·

و اذا كان المزج بالجنس و لكن بالأردى لا بالمساوى فذكر المصنف أنه تحصل الشركة أيضا و هل يستحق المغبون أرش النقص أو تفاوت الرداءة من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه ولو امتزج بالأجود احتمل الشركة فى الثمن أو فى المالية ثمّ ان هذه الوجوه تجرى فيما اذا مزج المغبون ففى صورة مزج الردى بالمتوسط وجوه ثلثة و بالاجود وجهان كما ذكره المصنف و ذكر شيخنا الاستاذ أن الشركة فى المزج بالاردى أو الاجود انما تكون فى العين بحسب المقدار لا بحسب المالية وذلك لأن الفائت ليس الا الخصوصية الشخصية دون أصل المال و وصفه و ماليته فيأخذ كلّ منهما بمقدار ماله و لا وجه للشركة فى المالية لانه اذا أمكن الشركة فى المقدار لا تصل النوبة الى الشركة فى القيمة نعم لو كان المزج بفعل الغاصب أو الغابن بالارد‌ء فعليه أرش النقص ·

أقول : لا شبهة فى أن المزج يوجب الاشتراك سواء كان بفعل الغابن أو بفعل المغبون اختياريا كان أم قهريا فانه على كل تقدير يوجب الشركة و ذلك لبناء العقلاء على ذلك و على هذا فلو حصلت الشركة القهرية بين مالى شخصين بأن مزج حيوان حنطة أحد بحنطة غيره مع كون أحدهما أجود بحيث يساوى منا منها بدرهمين و الآخر اردى منه و الظاهر أنه لا يتوهم أحد أن الشركة الحاصلة هنا بالمزج ليست باعتبار

المالية بل باعتبار المقدار بأن يقسم بينهما على حسب مقدار المالين مثلا اذا كان لصاحب الردى منان و لصاحب الجيد منا يأخذ صاحب الردى منان و صاحب الجيد منا و يكون التفاوت بينهما بين الجيد و الردى تالفا يعنى تذهب صفة الجودة هدرا اذليس المزج مستندا الى أحد حتى يكون أرش النقص عليه و الظاهر أنه هذا لا يلتزم به أحد و لا يشك ذو مسكة أن الشركة هنا فى المالية فان بناء العقلاء كما أنه على حصول الشركة بالمزج وكك بنائهم على كونها فى العين بحسب المالية فى مثل المزج بالردى أو بالجيد و عليه فلا وجه لما ذكره شيخنا الاستاذ من القول بكون الشركة فى القيمة و أما الرجوع الى الأرش فليس له دليل أيضا بعد ما يمكن الرجوع الى نفس المال و كذلك لا دليل أيضا على بيع العين الممتزجة و الاشتراك فى الثمن بل لا بدّ من الشركة فى العين باعتبار ملاحظة المالية كما هو واضح ٠

و عليه فلا وجه لما ذكره شيخنا الاستاذ من القول بكون الشركة فى القيمة نعم بقى هنا شئ و هو ما ذكره شيخ الطائفة من أنه اذا كانت الشركة فى المالية يلزم الربا فانه اذا مزّج منّ من الحنطة الجيدة بمنّ من الحنطة الردية و قلنا بالشركة بحسب المالية فانه يكون لصاحب الحنطة الجيدة اكثر من صاحب الحنطة الردية كما اذا كانت قيمة الردى درهما و قيمة الجيد درهمين فان العين الممزوجة تقسم بينهما اثلاثا فيأخذ صاحب الجيد ثلثين و صاحب الردى ثلثا و يلزم الربا ٠

و لكن يرد عليه ان الربا لا يجرى الا فى المعاملات المشتملة على المعاوضات و حصول الشركة القهرية بسبب المزج ليس كك فلا يجرى فيها الرّبا ٠

ثمّ انه ربما يقال ان المزج اذا كان بفعل الغاصب بأن مزج الحنطة الردية المغصوبة بحنطتة الجيدة فتكون الشركة هنا فى المقدار لان الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال و لكن يرد عليه أنه لا دليل على أنه يؤخذ الغاصب بأشق الاحوال و ما ذكرناه من الشركة فى المقدار جار هنا أيضا فيكون ذلك نظير مزج الخل بالانجبين سواء كان المزج بفعل الغاصب أو بفعل غيره اختياريا أم غير اختيارى ثمّ هذا كله اذا لم يكن المزج موجبا لنقصان القيمة بأن تكون قيمة كل من الردى والجيد محفوظا كما اذااشترى الغابن منا من الحنطة الجيدة من المغبون التى قيمتها درهمان و مزجه بمنّ من حنطته الردّية التى قيمته درهم واحد وكانت المجموع المركب قيمته ثلاث دراهم فانه ح لم ينقص من قيمتهما شئ و قد ينقص من قيمة الجيد بواسطة المزج كما اذا اشترى كيلوا من الارز الرشتى بمأئه فلس ومزج ذلك بارز كانت قيمته عشرين فلسا و مزجهما الغابن فانه ح تكون قيمة الاجود نازلا فان زيادة القيمة من جهة جودته و صفائه و لعل قيمة الممتزجة لا تسوى اكثر من درهم واحد وعلى هذا فان كان المزج بفعل الغابن أو الغاصب أو شخص آخر كان أرش النقص عليه لكونه سببا فى هذاالنقص و ان كان المزج قهريا أو بفعل صاحب الجيد سواء كان هو الغابن أو المغبون فلا شئ على صاحب الردى لأنه يطالب ماله بجميع الخصوصيات فحيث لا يمكن ردّه كك فيأخذه بحسب المالية يعنى يأخذ من العين بنسبة مالية ماله لا بحسب مقداره كما عرفت من غير أن يعطى تفاوت القيمة لعدم استناده اليه و هذا واضح جدا .

ثمّ بقى هنا شئ و هو أنه لو امتزج غير الجنس بغير جنسه من غير أن يكون أحدهما مستهلكا فى الآخر بحيث يكون تالفا كما تقدم من مزج

العطر بالزيت ولا أن يكون كلاهما مستهلكا بحيث يكون المزج موجبا لتشكيل هيئة خاصة و ماهية مركبة و تكون صورتها النوعية العرفية غير الصورة النوعية فى اجزاء المركب بحيث تكون الشركة فى المالية كما تقدّم فى مثل مزج الخل بالانجبين ولا أن يكون من قبيل مزج الجنس بالجنس بحيث تكون الشركة فى العين فى فرض تساوى القيمتين و فى المالية فى فرض عدم تساويهما بل يكون مزج غير جنس بغير جنسه بحيث يكون كلّ منهما ممتازا عن الآخر كمزج الحمصة مع الارز و كمزج دقيق الارز مع دقيق الشعير و هكذا فان هذا القسم لايجرى فيه شئ من الاقسام المذكورة فلابدّ فيه من الحكم بالشركة فى العين بحسب المالية أيضا كما هو واضح.

ثمّ انك قد عرفت أن التكلم فى أقسام الشركة بالمزج لا يرتبت بخيار الغبن اصلا فان المزج الذى يوجب الشركة كسائر النواقل اللازمة وانّما التكلّم هنا بمناسبة تكلم المصنف فيه فتحصل أن المزج يوجب الشركة فى العين امّا باعتبار المالية أو باعتبار المقدار فلا يلزم منه الربا أيضا ولا يرجع الى الارش أو البيع و الاشتراك فى الثمن .

قوله بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن أقول التكلّم فى التلف من جهة دفع توهم أن تصرّف المغبون يكون مسقطا للخيار فالتلف أولى بأن يكون مسقطا للخيار و الا كان الاولى التعرض لذلك فى احكام الخيار و انما ذكروه هنا لدفع هذا التوهم ثمّ ان المصنف قسّم التلف الى أقسام فانه اما ان يكون فيما وصل الى الغابن أوفيما وصل الى المغبون و على كل تقدير أن التلف اما بآفة سماوى أو باتلاف أحدهما أو باتلاف الاجنبى و الظاهر أنه لا فائدة لهذا التقسيم كما ذكره المصنف فانه لايفرق الحكم بين أن يكون التلف فيما وصل الى الغابن أو فيما وصل الى المغبون

و بين ما ان يكون التلف بنفسه أو بتسبيب غيره من أحد هما أومن الاجنبى بل اللازم أن نتكلم هنا فى مسائل ثلث الاول فى حكم التلف و الاتلاف فانهما واحد الثانية فى حكم اتلاف كل من الغابن و المغبون ماله الآخر الذى انتقل من أحد هما الى الآخر الثالث فى حكم اتلاف الاجنبى أما المسئلة الاولى فقد يكون التلف بعد الفسخ و قد يكون قبل الفسخ أما الاول فلا شبهة فى كونه موجبا للضمان فانه بعد الفسخ يكون المال مال غير فيكون حكمه حكم الغصب فيكون ضمانه على الفاسخ فان يده بعد الفسخ يد ضمان فلابد من الخروج عن عهدته لانه على اليد ما اخذت حتى تودى ولوكان ذلك بالسيرة سواء كان التلف غير مستند الى شخص أى شخص كان أو مستند اليه و أما اذا كان التلف قبل الفسخ فتاره يكون الكلام بالنسبة الى الخيار و أخرى بالنسبة الى الضمان أما الاول فقدعرفت فيما سبق أن الفسخ متعلقه العقد لا العين و عليه فيبقى الخيار على حاله سواء كان التلف بفعل المغبون أو الغابن أو الاجنبى أو بنفسه فاذا فسخ ذوالخيار العقد فيرجع كل منهما الى البدل مع تلف العينين لان الرجوع الى العين مستحيل نعم بناء على كون متعلق الفسخ هو العين كما أن متعلق جواز الرجوع فى المعاطات هوالعين لكان لسقوط الخيار بالتلف وجه و لكن ليس الأمر كك ٠

و أما الكلام فى الضمان فلا شبهة أنه اذا فسخ ذو الخيار العقد فيكون ضامنا للعوض فلابدّ من الخروج عن عهدته بمقتضى دليل اليد أو السيرة العقلائية و لكن حيث يستحيل الرجوع الى العين فلابدّ من الرجوع الى البدل من المثل أو القيمة و هذا لا شبهة فيه و انما الكلام فى أنه مع الرجوع الى القيمة هل الى اعلى القيم من زمان الضمان الى زمان

الأداء أو قيمة يوم الفسخ أو قيمة يوم التلف أو قيمة يوم الأداء وجوه وقد تقدم تفصيل المسئلة فى المقبوض بالعقد الفاسد وقد تعرضناهنا لحكم الغصب وما فى حكمه من المقبوض بالعقد الفاسد ونحوه واجمال الكلام هنا أنه قد يقال بضمان أعلى القيم فان مقتضى اليد أن لا يخرج من عهدة الضمان الا بأداء ما وضع يده عليه ومن المعلوم أن العين مع قيمته الاعلى تحت يد الغاصب فتكون مضمونة على الغاصب ومن فى حكمه ممن يأخذ بالعقد الفاسد أو بالفسخ ولكن الظاهر أنه لا دليل على الضمان بأعلى القيم بوجه كما تقدم فى مسئلة الغصب وقد أشرنا الى ذلك آنفا والوجه فيه أن ما يدخل تحت اليد بواسطة الغصب ونحوه انّما هو العين مع الاوصاف الدخيلة فى زيادة المالية فان دليل على اليد أو السيرة العقلائية يقتضى أداء العين مع جميع تلك الخصوصيات وحيث استحال ذلك فلابدّ من الرجوع الى البدل من المثل أو القيمة واماترقى القيمة السّوقية أو تنزّلها فلايدخل تحت الضمان أصلا فان القيمة السّوقية قائمة بالاعتبار فتزيد تارة وتنقص أخرى فلاتدخل تحت قاعدة ضمان اليد كما هو واضح فانها لم تؤخذ حتى تكون معنى بالاداء .

وأما ضمان العين بقيمة يوم التلف فقد يقال به من جهة أن وقت الانتقال الى القيمة هو ذلك اليوم فيضمن الغاصب ومن فى حكمه بذلك القيمة وقد اجبنا عن هذا الوجه فيما سبق بأنه وان كان يوم التلف هو يوم الانتقال الى القيمة ولكن أى القيمة هل هى قيمة يوم التلف كما زعمه المستدل أو قيمة يوم الغصب أو قيمة يوم الأداء أو أعلى القيم فمجرّد كون يوم التلف يوم الانتقال الى القيمة لا يدل على أن تلك القيمة هى قيمة يوم التلف كما هو واضح وعلى القول بتماميته فى مسئلة الغصب لا يجرى

هنا فانه فيما يكون المال مغصوبا و مضمونا بعينه لكى ينتقل الى البدل يوم التلف و فى المقام ليس كذلك فان التلف انما وقع فى ملك الغابن أو المغبون على الفرض فان المفروض أن التلف انما هو قبل الفسخ فلا ضمان هنا حتى يوجب ذلك انتقال العين الى القيمة يوم التلف كما هو واضح نعم يمكن أن يقال باعتبار ضمان قيمة يوم التلف من حين الفسخ أو يوم الأداء و لكنه لا دليل عليه.

بقى الكلام فى أن المناط فى وقت الضمان هل هو يوم الفسخ أو يوم الأداء فذهب شيخنا الاستاذ فى خصوص هذه المسئلة أن المناط هو قيمة يوم الاداء كما هو مقتضى القاعدة و تقريب ذلك أن الغاصب اذا غصب عينا فتبقى تلك العين حتى مع تلفها فى ذمة الغاصب و من فى حكمه الى وقت الاداء و ح حيث لا يعقل ردّ العين التالفة مع التلف فقهرا تنتقل الى القيمة أو المثل فيكون المناط حينئذ قيمة يوم الاداء و هذا الذى تقتضيه القواعد و قد اعتمدنا عليه فى تلك المسئلة أى مسئلة الغصب و لكن قلنا فى تلك المسئلة ان صحيحة أبى ولاد واردة على خلافها فانها اعتبرت فى الضمان و فى وجوب أداء القيمة قيمة يوم الغصب وعليه فرفعنا اليد عن القاعدة فى مسئلة الغصب و ما فى حكمه و حكمنا بوجوب قيمة يوم الغصب و هل يجوز التعدى من مورد الصحيحة الذى هو الغصب الى غيره أم لا فالظاهر أنه لا مانع من التعدى وتقريب ذلك أن النسبة بين قيمة يوم الغصب و يوم الاداء هى العموم من وجه فانه قد تكون قيمة يوم الغصب اكثر و قد تكون قيمة يوم الاداء اكثر و قد يتساويا فاذا كانت قيمة يوم الغصب أقل من قيمة يوم الاداء فيحتمل أن يكون الشارع قد لاحظ حال الغاصب و راعاه ولم يلاحظ حال غيرهم من الضمانات

و اعتبر علیهم قیمة یوم الاداء و هو مقطوع العدم فان القاعدة عکس ذلك و قد ذکر الفقهاء أن الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال و یحتمل أن یکون ذکر یوم الغصب فی الصحیحة من جهة کونه هو المناط فی الضمان بالقیمة فحیث کان الاول مقطوع العدم فیتعین الثانی کما هو واضح فیحکم بکون المناط فی الضمان هو یوم الغصب حتی مع القول بأن الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال فان المراد من أخذه بأشق الاحوال هو عدم المسامحه فی المطالبة سواء کان واجدا أم فاقدا کما یجب المسامحة فی مطالبة الدین مع العسر بل الغاصب حکمه حکم الواجد یحل عرضه و عقوبته.

و العجب من شیخنا الاستاذ مع أنه بنی فی المقبوض فی العقد الفاسد علی أن المناط فی الضمان انما هو یوم الغصب لصحیحة ابی ولاد و مع ذلك بنی فی المقام بأن المناط هو قیمة یوم الاداء عملا بالقاعدة.

المسئلة الثانیة فیما کان تلف کل من العوضین بفعل الطرف بأن اتلف الغابن ما انتقل منه الی المغبون و بالعکس ثمّ فسخ المغبون العقد و الغرض هنا بیان أن الغابن بأی شئ یضمن باتلافه وأن المغبون بأی شئ یضمن بفسخه و هکذا اذ أتلف المغبون ما انتقل منه الی الغابن و یتکلّم فی أن المغبون أی شئ یضمن باتلافه مال الغابن و أن الغابن بأی شئ یضمن بفسخ المغبون العقد و تحقیق الکلام اذا اتلف الغابن مثلا مال المغبون الذی انتقل منه الیه فان أدی الغرامة فلا کلام لنافیه و ان بقیت الغرامة حتی فسخ المغبون العقد فانه یرجع الی الغابن بماله و حیث لیست العین موجودة فیأخذ قیمتها ان قلنا أن المناط فی الضمان بقیمة العین انما هو یوم التلف فلا کلام لنا فیه و کذا اذا قلنا بکون المناط قیمة یوم الأداء اذ لایختلف الحال حینئذ بین ضمان المتلف و الضمان

الحاصل بالفسخ فان المناط فى الضمان انما هو قيمة يوم التلف وان كان الفسخ متاخرا فانه ح يسقط الضمانين بالتهاتر فان المغبون يطلب ماله من الغابن الذى أتلفه بقيمة يوم التلف و الغابن يطلب عين هذا المال من المغبون الفاسخ أيضا بقيمة يوم التلف فيقع بينهما التهاتر و هكذا لو كان المناط هو قيمة يوم الأداء كما هو واضح و انما الكلام فيما اذا قلنا بأن المناط فى ضمان القيمة انما هو قيمة يوم الغصب فانه حينئذ يختلف ضمان الغابن بقيمة العين و ضمان المغبون بها و كثيرا مايكون أحدهما أكثر من الآخر كما اذا أتلف الغابن العين التى انتقلت منه الى المغبون وكانت قيمته فى ذلك اليوم الذى هو يوم الغصب و الضمان عشرة ثمّ مضت مدة ففسخ المغبون العقد وكانت قيمة العين فى يوم الفسخ عشرين وكان هذا اليوم اليوم الذى ضمن المغبون القيمة لكونه بمنزلة يوم الغصب و عليه فتكون ما ضمنه المغبون فى صورة كون الغابن متلفا لما انتقل منه الى المغبون أقل ممّا ضمنه المغبون بالفسخ و ضمان اليد وعليه فلا يمكن أن يقع التهاتر بينهما بالنسبة الى تمام ما اشتغلت ذمه المتلف و ذمة الفاسخ بل بالنسبة الى مقدار خاص و أما المقدار الزائد فلابدّ للمغبون أن يخرج من عهدته و يطلب من الغابن ثمنه.

و بعبارة أخرى أن المغبون فى الفرض المذكور يطلب من الغابن شيئين أحدهما عين ماله التى اتلفها الغابن و الثانى الثمن الذى اعطاه للغابن فانه يطلب منه ذلك بعد الفسخ أما الثمن فلاشبهة فى أنه يطلبه من الغابن على كل تقدير و أما العين التى أتلفها الغابن فان كان اشتغال ذمتهما بقيمة يوم واحد اما يوم التلف أو يوم الأداء بحيث تكون ذمة الفاسخ أيضا مشغولة بقيمة يوم التلف من حين الفسخ أو كان اشتغال

ذمتهما بقيمة يوم الأداء فلا شبهة فی سقوط حقّ كل منهما عن ذمة الآخر بالتهاتر سواء طلب كل منهما حقه عن الآخر أو احدهما وهذا لا شبهة فيه وان قلنا بضمان قيمة يوم الغصب فح تختلف الحال فی ضمان كلّ منهما للآخر فانه ربما يكون ذلك فی أحدهما أزيد من الآخر كما عرفت فح لا يحصل التهاتر الا فی الجزء فقط .

ولكن يمكن أن يقال بحصول التهاتر هنا وان قلنا فی المقبوض بالعقد الفاسد ومثله بكون المناط فی الضمان بالقيمة هو قيمة يوم الغصب لصحيحة ابی ولاد لأنها لا تشمل ما نحن فيه وبيان ذلك أن مقتضى القاعدة كما عرفت انما هو ضمان نفس العين ابتداء وانما ينتقل الى مثل أو القيمة مع عدم امكان ردّ العين وعرفت أيضا أن العين تبقى فی الذمة الى وقت الأداء ففی ذلك الوقت تنتقل الى القيمة كما هو واضح لعدم امكان أدائها حتّى لو عادت العين الى ملك الضامن بقدرة الهية كان الواجب على الضامن أن يؤديها الى المضمون له كما هو واضح وعليه فاذا كان ذمة كل من الغابن والمغبون مشغولة بعين واحدة أحدهما بالاتلاف والآخر بالفسخ فان مقتضى الفهم العرفی هو وقوع التهاتر فی ذلك وعدم ثبوت حق مطالبة كلّ منهما على الآخر كما اذا أخذ أحد خبزا من الخباز بعشرين فلسا مع كون الخبز خمس أفلس ثمّ غصب الخباز ذلك الخبز فاكله ثمّ التفت المغبون الى الغبن ففسخ العقد فانه يرجع اليه ويأخذ منه عشرين فلسا ولسی للغابن فی نظر العرف أن يطالب منه خبزه ويقول وجب عليك أن تعطی خبزی ووجب علی أن أعطی خبزك فان أهل العرف يقولون أن ما اعطيته هو الذی أخذته وأكلته .

و بعبارة اخرى أن الضمان بالقيمة انما هو مع عدم التمكن من العين و قد عرفت أن العين انما هو باقية فى ذمة الضامن الى وقت الأداء و عليه فاذا اتلف الغابن العين التى انتقل الى المغبون فتكون ضامنا لنفس ذلك العين و حيث طلبها المغبون فلا يمكن أداء نفسها فلابدّ من أداء مثلها أو قيمتها و اذا فسخ المغبون العقد فتكون ذمته أيضا مشغولة بنفس تلك العين فاذا لم يخرج عن عهدة الغرامة قبل الفسخ ليكون المغبون ح متمكنا من أداء العين فان ذمة كل منهما مشغولة بالعين كما عرفت فيقع التهاتر فيحصل الأداء كما هو واضح و ح تنقلب القيمة أو المثل الى نفس العين كما اذا عادت العين بمعجزة و من الواضح أن مورد الصحيحة انما هو صورة عدم التمكن من أداء العين و كون الضمان فى طرف واحد فلا تشمل المقام و توهم أنها مطلقة بالنسبة الى عود العين أيضا لاستحالة الاهمال فى الواقع فاسد بل الحكم مقيد فى الواقع و فى مقام الثبوت بعدم العود و فى مقام الاثبات لم يقيد المولى و انّما أهمل لعدم كونه فى مقام البيان من هذه الجهة و قد فرضنا الكلام فى اتلاف الغابن مال المغبون و يجرى جميع ذلك فى عكس ذلك كما يظهر بالتأمل فلا يحتاج الى التكرار ثمّ لا يخفى أنه فى حكم الاداء لو أبرء احد ذمة المتلف فهو بمنزلة القبض.

المسئلة الثالثة أن يكون المتلف هو الأجنبى فلو أخذ منه صاحب المال قبل الفسخ قيمة يتعين رجوع الفاسخ الى المفسوخ عليه و كذا العكس و أما لو لم يأخذها ففسخ ذوالخيار فلا يتعين على كلّ منهما الرجوع الى طرفه بل يتخير بين الرجوع الى الطرف والرجوع الى المتلف كما هو مقتضى ضمان شخصين لمال واحد على التعاقب و لكن لا يجرى

ذلك بناء على اعتبار قيمة يوم الفسخ بل يتعين ح الرجوع الى الطرف سواء سواء كان هو الغابن أو المغبون لأن المال وان كان فى ذمة المتلف أيضا الّا أنه قد اتلف هو ما ليس للفاسخ قبل الفسخ بل لطرفه فيكون الاجنبى ضامنا للمالك. الفعلى دون المالك الاصلى والمالك الاصلى يطلب مصداق مالية يوم الفسخ فلايشتغل بقيمة يوم الفسخ الّا الطرف لا المتلف لكونه مكلفا باداء قيمة يوم التلف أو يوم الاداء . وما ذكرناه أوضح بناء على كون الطرف ضامنا لنفس العين بمقتضى دليل اليد والله العالم بالاحكام و رسوله و خلفائه الكرام صلوات الله عليه و عليهم الى يوم القيامه

قوله مسئلة الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كلّ معاوضة مالية بناء على الاستناد فى ثبوته فى البيع الى نفى الضرر أقول لم يقع التعرض لثبوت هذا الخيار فى غير البيع فى كلمات الاصحاب كما وقع التعرض بجريان خيار الشرط فى غيره و لكن عدم تعرضهم لذلك لايكشف عن اعتقادهم بعدم جريانه فى غير البيع أو جريانه فيه و أما تعرضهم لعدم جريان خيار المجلس فى غير البيع من جهة ذهاب بعض العامة الى جريانه فى ما عدا البيع أيضا . ثمّ انه لا دليل بالخصوص على جريانه فى غير البيع أو عدم جريانه فيه و انّما المهم هو التعرض لمدرك هذا الخيار حتى يعلم أنه على نحو يجرى فى غير البيع أيضا أو لا فنقول ان كان مدرك خيار الغبن هو الاجماع فلا شبهة فى عدم جريانه فى غير البيع لأنه دليل لبيى و لا بدّ من أخذ المتيقن منه و هو البيع و ان كان مدركه هو نفى الضرر فيشمل ذلك غير البيع أيضا الّا اذا كان هنا اقدام على الضرر فانه مع الاقدام لايكون هنا خيار و لا يبعد صدق الاقدام على الضرر مع العلم و الجهل كما تقدمت الاشارة الى ذلك سابقا و لايختص ذلك

بصورة العلم بالغبن كما ذكره المصنف و بنى عليه و كيف لا يهمنا التكلم في ذلك بعد ما عرفت من عدم تمامية دلالة حديث لاضرر على المقصود و انّما المدرك هو الشرط الضمنى كما تقدم تفصيله و عليه فلابد من التكلم على هذا المبنى فنقول قد يكون البناء فى المعاملة على الدقة و عدم المغابنة و قد يكون على السمحة و المسامحة و قد لا يكون العقد مبنيّا على شئ أما الأول فلا شبهة فى تحقق الشرط الضمنى فيه فان بناء العقلاء على تساوى القيمتين فيه فتكون قرينة نوعية على تساوى القيمتين ومع انتفاء القرينة النوعية فتلاحظ القرينة الشخصية على ذلك و من ذلك الاجارة و الصلح فى مقام البيع و الاجارة و لا يفرق فيه أيضا بين افراده الا اذا قامت قرينة خارجية على عدم تحقق ذلك الشرط كالبيع بين الوالد و الولد فانه اذا وقع الغبن فى ذلك فالارتكاز قائم على عدم الشرط فيه نوعا .

و أما الثانى فلا يجرى فيه الشرط الضمنى كالصلح فى مقام المرافعة حيث ان بنائه على قطع النزاع و التشاح فجريان الخيار فيه ينافى ذلك وكذلك الصلح فى غير موارد البيع و الاجارة بان كان على ابراء جميع ما فى الذمة كائنا ما كان الا اذا ظهر الحال و علم أن ما فى ذمة المديون من الديون اضعاف ما اعتقده المتصالح فانه حينئذ لاقرينة نوعية و لا شخصية على عدم الشرط هنا بل القرينة الشخصية قائمة على تحقق الشرط الضمنى كما هو واضح .

و أما الثالث فلابدّ فيه من ملاحظة حال الاشخاص فى شخص المعاملة كالجعالة فعلم أن جريان الغبن فى أى معاملة يحتاج الى جريان الشرط الضمنى فيه على تساوى القيمتين و جريان الشرط الضمنى على تساوى القيمتين يحتاج الى القرينة النوعية أو الشخصية والحاصل أن

مقتضى أصالة اللزوم انما هو الحكم بلزوم كلّ معاملة و عليه فمقتضى الاصل الاولى هو اللزوم فى جميع المعاملات وح فلابدّ من رفع اليد عنها من ملاحظة القرائن الخارجية القائمة على عدم اللزوم فيها فان قامت قرينة عامة كبناء العقلاء أو خاصة على عدم التسامح و التساهل فى المعاملة أزيد ممّا لا بدّ منه فلا شبهة فى تحقق الشرط الضمنى فيها على التساوى وعدم التغابن لأن هذه القرينة قرينة على الاشتراط فيلزم الخيار من تخلفه و يجرى ذلك فى كل عقد و معاملة حتى الصلح الذى كان البناء فيه على التسامح و التساهل الا اذا ظهر التفاوت أزيد ممّا اعتقد المتصالح فانه بالنسبة الى الزائد يجرى الاشتراط المذكور و يلزم من تخلفه الخيار و قد تقدم ذلك فى السابق اى جريان الخيار فى التفاوت الزائد عن المقدار الذى وقع فيه التسامح و فى كل مورد قامت قرينة عامه أو خاصة على أن بناء المتعاقدين على المسامحة و المساهلة بحيث تكون هذه القرينة دالة على عدم الاشتراط فلا يجرى فيه الخيار سواء كان ذلك صلحا أو بيعا فانه ربما تقوم القرينة على عدم الاشتراط و ان لم يلتفت المتعاملان الى الغبن كما اذا باع الوالد مالا من ولده بخمسين دينارا مع الغفلة عن كونه يساوى بالمائة فانه و ان تحقق غبن لا يتسامح هنا و لكن الارتكاز العرفى بل القرينة الخاصة اعنى رأفة الوالد على ابنه قائمة على عدم الاشتراط الا اذا لم تكن بينهما رأفة تقتضى ذلك فان القرينة العامة أو الخاصة قائمة على اشتراط تساوى القيمتين هنا أيضا ومن هنا ظهر أن المناط فى الاشتراط و عدم الاشتراط انما هو البناء الشخصى على الاشتراط و ان كانت القرينة على الاشتراط ربما تكون نوعية أعنى بناء العقلاء على الاشتراط و لكن مع ذلك قد تكون القرينة الحاصلة ايضا

موجودة على ذلك أعنى بناء الشخصى من المتعاملين على التساوى أو على عدمه و قد نقل المصنف عن بعض و قواه شيخنا الاستاذ بل قد تنحصر القرينة بالثانى مع انتفاء الاولى و قد تكون القرينة الخاصة اعنى البناء الشخصى مقدما على القرينة العامة كما أن بناء العقلاء على التساوى فى البيع و مع ذلك قد يكون بناء المتعاقدين على التسامح كما تقدم و من هنا ظهر أنه لا نحتاج الى تحقيق مفهوم الغبن و كون الحكم دائرا مدار صدق الغبن و عدمه كما ذكره بعضهم لا من جهة عدم وروده فى الاخبار كما ذكره المصنف بل من جهة أن مبنى المسئلة لا يحتاج الى ذلك كما هو واضح .

قوله مسئلة اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى على قولين أقول ذهب المشهور الى كون الخيار على خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن و ذهب بعض آخر الى ثبوته ما لم يطرءه رافع للاستصحاب و ذكر فى الرياض أن المستند فى الخيار ان كان الاجماع المنقول اتجه التمسك بالاستصحاب و ان كان نفى الضرر وجب الاقتصار على الزمان الاول اذ به يندفع الضرر هذا فنقول أن ثبوت الخيار بعد الآن الاول يحتاج الى انتفاء احد أمرين الأول عدم وجود المقتضى للزوم فى الآن الثانى و الثانى عدم المانع عنه فاذا ثبت أحدهما لا يثبت الخيار مستمرا بل لا بدّ من الاخذ بالقدر المتيقن فلابدّ فى المقام من تنقيح هذا المطلب أى المقتضى و المانع ولذا ذكر جامع المقاصد أن العموم الثابت للعقد مستمر بحسب الزمان و المانع عنه مفقود فلابدّ من الاقتصار بالقدر المتيقن و قد اشكل المصنف عليه و على بقية الوجوه المذكورة فى المقام بما ذكر أشار اليه فى المقام و ذكر تفصيله فى كتاب الرسائل و حاصل: ان

الحکم الثابت علی العام تارةً یکون ثابتا علی أفراده بحسب التعدد و التکثر بأن یکون لما تحت العام حکم فی کل آن بحیث یتکثر الحکم فی طول الزمان و یکون للعام أفراد طولیةً کما تکون له أفراد عرضیةً کما اذا قال اکرم العلماء فیکون غرضه تعدد الحکم بحسب قطع الزمان فیکون الزمان مکثرا للحکم و یکون هنا اکرام متعدد حسب تعدد الآنات والساعات و قد یکون الحکم الثابت لأفراد العام حکما واحدا مستمرا الی الأبد بحیث لا یکون الزمان مفردا و مکثرا و قیدا للحکم وموضوعا له بل یکون ظرفا کما اذا فرضنا فی المثال المتقدم أن وجوب الاکرام شئ واحد ثابت لأفراد العلماء من غیر أن یکون التعدد بحسب الآنات بل لکلّ واحد من أفراد العام حکم واحد مستمر من غیر ان یتعدد حسب تعدد الآنات فعلی الاول فاذا ورد مخصص علی العام بأن خرج اکرام زید العالم عن تحت العموم فی یوم الجمعةً فلابدّ من الاقتصار فی التخصیص بخصوص ذلک فقط فلا یمکن التعدی الی الیوم الثانی أیضا بالاستصحاب لانه من قبیل اسراء الحکم عن موضوع الی موضوع آخر فهو لا یجوز لان الحکم فی حکم آن مستقل و هذا بخلاف الثانی فانه اذا ورد التخصیص علی العام و أخرج الفرد عن تحت حکمه کان ذلک موجبا لخروجه عن تحته مستمرا و الی الأبد و فی هنا اذا شک فی ثبوت حکم العام بعد المخصص نستصحب حکم المخصص فلا مورد هنا للاقتصار بالقدر المتیقن لکونه خروجا واحدا عن تحت العام فلا یفرق فیه بین خروج عن حکم العام دائما أو فی زمان ما اذ لیس فی خروجه دائما زیادةً تخصیص فی العام حتی یقتصر عند الشک فیه علی المتیقن ٠

و أما کشف أن الحکم الثابت علی العام استمراری أو لا فلابدّ و ان

يثبت من الخارج أو بدليل اللغوية كما أن قوله (ع) حلال محمد (ص) حلال الى يوم القيامة وحرامه حرام الى يوم القيامة يدل على استمرار الاحكام الى يوم القيامة فلو ثبت من الخارج انقطاع الحلية أو الحرمة و عدم استمرارهما الا الى وقت خاص لايكون ذلك مشمولا للرواية فيكون خارجا عنها فانها تدل على استمرار الاحكام الى يوم القيامة مع عدم الانقطاع و بعده لاحلال ولاحرام حتى يستمر الى يوم القيامة وليس فيها تعرض لايجاد الحلال حتى يكون مستمرا والا يلزم ايجاد الحكم موضوع نفسه و عليه فاذا ورد عام و وردت رواية مثلا على استمرار حكم العام أو قامت قرينة على ذلك من لغوية عدم الاستمرار نحكم بذلك فاذا ارتفع الحكم فى زمان يخرج عن تحت العام ونستصحب مع الشك حكم الخاص ولايكون ذلك الدليل مقتضيا لاستمراره مثلا ان أفوابالعقود يدل على وجوب الوفاء بكل عقد ولاشبهة أنه لامعنى لحصول الملكية فى آن دون الآن الثانى بحيث يكون فى كل آن حكم مستقل فمن جهة لزوم لغوية حكم الوفاء بالعقد استفدتا استمرار الحكم فى جميع الازمنة و اذا رفع الحكم فى زمان أعنى الوفاء لارتفاع الملكية كما فى المعاطات بناء على عدم افادتها الملكية وكعقد ازدواج بعد رفعه بالطلاق فان ما يقتضى لغوية الزوجية فى آن دون غيره لاتشمل بعد الرفع ولم يبقى هنا شئ حتى يجب الوفاء به ولايكون الدليل الدال على الاستمرار جاريا فى المقام فان الدليل انما كان هو لزوم لغوية الملكية فى آن واحد دون غيرها والمفروض أنه ليس هنا ملكية حتى يلزم اللغوية من اعتبارها فى زمان دون زمان آخر كما هو واضح وأن اللغوية لاتوجد الملكية والا يلزم تعرض الحكم لموضوعه٠

و الحاصل أن روح کلام المصنف أنه اذا ورد الحکم علی الاستمرار و الزمان فیکون حینئذ للعام أفراد طولیة نظیر الافراد العرضیة فیکون الزمان قیدا للحکم و مکثرا له فاذا ورد التخصیص فی زمان لا یکون مخصصا الا فی ذلک الزمان الخاص کما هو واضح و أما اذا ورد الاستمرار علی الحکم بحیث یکون الحکم موضوعا للاستمرار فیکون الحکم ثابتا للفرد مستمرا فاذا خرج عن تحت العام خرج أبدیا کما هو واضح و أن ورود الاستمرار علی الحکم انما هو اما بدلیل اللغویة أو بدلیل خاص کما اذا فرضنا ورود الروایة علیه مثلا ۰

و أما الوجه فی ملاحظة الاستمرار هوما ذکره المصنف من لزوم اللغویة من عدم ملاحظة الاستمرار أو قیام الدلیل الخارجی علی ذلک و الا فالظاهر من تعلق الحکم بالفعل هو الآن الاول لا الاستمرار و من هنا ظهر ما ذکره من تغایر مورد التمسک بالعام و مورد التمسک بالاستصحاب فان مورد التمسک بالعام انما هو صورة کون الزّمان مکثرا فلا یجوز ح التمسک بالاستصحاب حتی مع وجود المانع عن التمسک بالعام بل لابدّ من التمسک بأصل أخر و مورد التمسک بالاستصحاب هو فرض کون الزمان ظرفا فانه ح لایجوز التمسک بالعام حتی مع المنع عن التمسک بالاستصحاب ۰

أقول هذا الذی أفاده المصنف انما یتم فی الجملة لانه لا یجری بالنسبة الی الاحکام التکلیفیة بل یجری فی الأحکام الوضعیة أما الاول: فلأنه لا معنی لتوهم الاستمرار فی الاحکام التکلیفیة أصلا فان الحکم الوارد علی الافعال سواء کان بعنوان الاستقلال و العام الاستغراقی أو بعنوان العام المجموعی یلاحظ بالنسبة الی کل فرد و علی کلا التقدیرین لا یلاحظ

الاستمرار فيه مثلا لو قال المولى اكرم هؤلاء العشرة ثمّ أخرج منها واحداً لا يرتفع الحكم عن الباقى بل لا بدّ له فى اكرام العشرة أو قال الكذب حرام فان الظاهر منه ان كل فرد من الكذب فيكون لكل فرد حكم أى حرمة خاصة و يسرى الحكم الى جميع الافراد بعنوان الاستغراق وعلى الجملة أن ملاحظة الاستمرار فى الاحكام التكليفية مما لا معنى له فانّما تتعلق بالافعال اما بعنوان الاستغراق أو بعنوان العام المجموعى وعلى الاوّل تكون الحكم بالنسبة الى كل فرد مستقلا واضح فاذا ورد التخصيص باخراج فرد من العام يبقى الباقى تحته كالحكم بحرمة الكذب مع اخراج فرد منها وكذ فى ناحية الوجوب و على الثانى أن الظاهر أيضا من تعلق الحكم بالفعل هو ثبوته له على نحو الاستقلال كما اذا قال اكرم هؤلاء العشرة فاذا اخرج منها واحدا تبقى التسعة تحت العام و يجب اكرامهم وليس هنا استمرار أيضا فان اعتبار وجوب الاكرام فى ساعة دون غيرها لا يستلزم اللغوية ٠

و أما فى الحكم الوضعى فيجرى ما ذكره المصنف مثلا اذا ورد من استولى على شئ فهو له أو من حاز ملك و استفدنا من دليل خارجى أو من لزوم لغوية أن تكون الملكية حاصلة فى آن دون آن آخر فتحكم ح بحصول الملكية المستمرة فاذا ورد فى دليل خاص أن اللقطة العمران لا يملكها الواحد فيكون ذلك خارجا عن عموم من حاز ملك على تقدير كونه رواية و عن عموم من استولى على شئ فهو له و لا يكون الدليل الخارجى أو لزوم اللغوية المقتضية للملكية المستمرة شاملة للاستيلاء على اللقطة و حيازتها لعدم حصول الملكية هنا حتى تكون مستمرة فما ذكره المصنف صحيح فى مثل ذلك ٠

و قد انتهى كلامنا الى التمسك بالعموم بعد ورود التخصيص عليه وان المصنف قد ذكر أن مورد التمسك بالعام يغاير مورد التمسك بالاستصحاب ففى مورد نتمسك بالعام لا يجوز التمسك بالاستصحاب حتى مع عدم التمسك بالعام وفى مورد التمسك بالاستصحاب لا يجوز التمسك بالعام حتى مع ثبوت المنع عن التمسك بالاستصحاب و فيما ورد الزمان على الحكم و ثبت الاستمرار عليه فلا يجوز التمسك بالعام بعد ثبوت التخصيص لأن الحكم لا يتعرض على موضوعه اعنى الاستمرار و انّما هو من دليل خارجى فحيث ورد التخصيص فى الافراد الطولية على هذا الدليل الخارجى المثبت للاستمرار لا يجوز بعده التمسك بالعام فى المشكوك فالمورد هنا مورد الاستصحاب و اذا كان الحكم فى العام ثابتا على الزمان فيكون ثابتا لكل فرد طولى أيضا كما هو واضح ثمّ طبق ذلك على المقام فقال ان مقتضى أوفوا بالعقود هو ثبوت الحكم لكل عقد من الافراد الطولية فاذا خصص هذا العام و خرج منه عقد واحد فى زمان فلايجوز التمسك بالعموم بالنسبة اليه فى زمان آخر لعدم امكان تعرض الحكم لاستمراره الثابت بدليل خارجى اعنى لزوم اللغوية من اعتبار الملكية مثلا فى زمان دون زمان آخر فلابدّ من التمسك بالاستصحاب .

أقول لا بأس بما ذكره على نحوه الاجمال لا فى جميع الاحكام التكليفية و الوضعية بل فى الثانية فى الجملة و توضيح ذلك أن الاحكام التكليفية لا معنى فيها لورود الاستمرار أى الزمان على الحكم بحيث تلاحظ على نحوين و ذلك لأنها تحريمية كانت أو وجوبيه استغراقية كانت أو مجموعية انما تتعلق بالافعال أى بأفعال المكلفين و لا شبهة أن الفعل يتقدر و يتقطع بالزمان و اذا كان ذلك الفعل متعلق للعام أو المطلق

توجد له أفراد طولية كما له أفراد عرضية سواء كان الحكم تحريمياً أو وجوبيا غاية الأمر، الامر فى الاوّل أوضح وعلى هذا فقد ذكرنا فى علم الاصول أن الاهمال فى الواقع و مقام الثبوت محال فلا يعقل أن يكون الحكم فى الواقع لامطلقا ولامقيدا بل كان مهملا لأنه لايعقل أن يجعل المولى حكما ولكن لايلتفت الى أنه بأى نحو مطلق أم مقيد وان كان ذلك ممكنا فى مقام الاثبات و على هذا فاذا ورد حكم من المولى وكان فى مقام البيان ولم يقيده بشئ نستكشف من ذلك سريان الحكم الى جميع أفراد العام أو المطلق الأفراد العرضية أو الافراد الطولية و عليه فاذا ورد تخصيص أو تقييد فاخرج فرد من افراد العام أو المطلق نتمسك فى الباقى بالاطلاق أو العموم فنثبت الحكم للفرد المشكوك فلامورد هنا للاستصحاب أصلا مثلا اذا ورد عام أو مطلق على أن الكذب حرام أو كل كذب حرام فلا شبهة أن متعلق الحرمة هنا هو الفعل الخاص الصادر من المكلف و أنه يتقدر بالزمان بحيث أن الكذب الصادر منه فى هذا الزمان غير الكذب الصادر منه فى زمان قبله كما أنه غير الكذب الصادر منه فى زمان بعده فيكون كل كذب بحسب طول الزمان و عرضه فردا مغايرا للافراد الأخر فحيث أن الاهمال فى الواقع محال فلابدّ وأن يكون الحكم فيه اما مطلقا أو مقيدا فحيث لم يقيد الخطاب فى مقام الاثبات مع كونه فى مقام البيان فحسب تبعية مقام الثبوت لمقام الاثبات من حيث الاطلاق و التقييد فنكشف الاطلاق فى مقام الثبوت أيضا كما هو واضح وعلى هذا فاذا خرج فرد من افراد الكذب عن تحت الاطلاق أوالعموم فانه لا شبهة فى جواز التمسك بالعموم أو الاطلاق فى الافراد الاخر فلا مجال بوجه لتوهم جريان الاستصحاب فيه وكذلك اذا ورد النهى عن شرب الخمر

فان مقتضى الاطلاق حرمة أی شرب كان من أفراد العرضية والطولية فاذا خرج فرد من تحته نتمسك فی الباقی بالاطلاق كما هو واضح الالوحظ الحكم بعنوان العام المجموعی أی یكون الحكم الواحد ثابتا للافراد بين المبدء والمنتهی من غیران یكون لكل فرد حكم واحد وكذلك الكلام فی الاحكام الوجوبية سواء كانت استغراقية أم مجموعية ثم ورد مخصص فانه یرجع فی الافراد الباقية العام والمطلق أما فی الاستغراقی فواضح وأما فی المجموعی فايضا كذلك كما اذا قال اكرم هؤلاء العشرة ثمّ أخرج واحدا فانه لامحالة يمنع عن التمسك بالعام فی التسعة الباقية .

والعجب من شیخنا الاستاذ حیث أصرّ فی المقام وفی الاصول علی ورود الاستمرار على الحكم فی الاحكام التحريمية بدعوى أنه لامعنى لكون الشیٔ حراما فی آن واحد لأنه حاصل بالضرورة اذ ما من محرم الّا ويكون متروكا آناما فيكون االحكم التحريمی لغوا فنكشف من ذلك أن الحكم التحريمی مستمر دائما فيكون الاستمرار واردا على الحكم وعليه فاذاورد عام مشتمل على حكم تحريمی ثمّ ورد عليه تخصيص فلا وجه للتمسك بالعام بل يتمسك باستصحاب حكم الخاص كما هو واضح .

ولكنه واضح الدفع فان مقتضى اطلاق الخطاب هو كون كل فرد من أفراده الطولية بحسب قطع الزّمان محرما وأن المولى قدلاحظ فی مقام الثبوت اطلاق الحكم وشموله بجميع الافراد مع ما عرفت أن الفعل الذی هو متعلق الحكم يتقدّر بالزّمان فلا يكون الحكم ثابتا على جميع الافراد بحسب الاطلاق ففی المقام وان كان الاستمرار موجودا ولكنه ليس بمعنى أن الحكم الواحد مستمر كالملكية مثلا بل معناه هنا أنه يستمرالحكم باستمرار موضوعه يعنی أن حرمة شرب الخمر مستمرة حسب تعددالشرب

واستمراره ويكفى فى ذلك كون الحكم ثابتا على الطبيعة الصرفة غيرمقيدا بقيد بل ترفع عنها جميع القيود كما هو معنى الاطلاق لا أن هنااستمرار ثابت من الخارج ببرهان اللغوية ٠

و على الجملة استمرار الحكم فى التكاليف المحرمة من جهة اطلاق الحكم و تعدد متعلقة اعنى فعل المكلف المتقدر بالزمان لا من جهة دليل خارجى كما لا يخفى وأعجب من ذلك ما استشهد على مراده بان الفقهاء لم يجوزوا شرب الخمر فى حال المرض لاستصحاب الحرمة فلو كان الاستمرار ثابتا من ناحية الحكم دون الخارج لم يكن لهم وجه للتمسك بالاستصحاب بل لابدّ لهم من التمسك بالعام فحيث أن الاستمرار فى الاحكام التحريمية ثبت من الخارج لا من ناحية الحكم ولم يكن تعرض الحكم لاستمرار موضوعه مستمرا فلذا تمسكو بالاستصحاب فى اثبات الحرمة فى حال المرض و وجه العجب أن ذلك خارج عما نحن فيه فان كلامنا فيما ورد عام ثم مخصص فى زمان و شك فى أن الفرد الخارج خارج دائم أو فى الزمان الاول و أما اذا لم يرد تخصيص أصلا فلا مجال لذلك ففى المثال المذكور لم يجد تخصيص لحرمة شرب الخمر بالنسبة الى حال المرض حتى نتمسك بالنسبة الى المريض فى غير حال مرضه بالاستصحاب أو بالعام بل انما هو شك فى ثبوت الحكم فى جميع الحالات أو فى بعضها فنتمسك بالاطلاق لما عرفت من اطلاق الحكم ثبوتا و اثباتا على أنه لانعرف ذهاب الفقهاء الى الحرمة للاستصحاب مع ان الكتب الاستدلالية قليل و مع ذلك فليس كلهم ذاهبين الى الحرمة للاستصحاب نعم لا بأس بالواحد و الاثنين فتحصل أن الاحكام التكليفية باجمعها تحريمية أو وجوبية استغراقية أو مجموعية و أما الاحكام الوضعية فحيث ان

متعلقها ليس فعل المكلف حتى يتقدر بالزمان بل هو أمر آخر كالملكية والزوجية و نحوهما له قابلية الاستمرار فيمكن تصديق كلام المصنف هنا فى الجملة .

و توضيح ذلك أن اعتبار الاستمرار قد يكون بدليل خارجى بحيث يكون واردا على الحكم من جهة اقتضاء الدليل الخارجى ذلك وقد يعتبر فى الحكم من جهة دلالة نفس الدليل المتكفل لبيان الحكم على ذلك أما الأول كما اذا لم يكن نفس الدليل متضمنا لذلك باطلاقه أو بعمومه بل لو اعتبر الاستمرار فيه انما يعتبر من جهة برهان اللغوية أو الدليل الآخر من الرواية و نحوها كما اذا ورد أن من استولى على شئ فهو له أو من حاز ملك فانه لا معنى لحصول الملكية بالحيازة أو بالاستيلاء آنا لكون ذلك لغوا بل حصول الملكية فى زمان مقيد به كالشهر أو شهرين أو سنة فهو ترجيح بلا مرجح فلابدّ من القول بحصول الملكية الدائمية ففى مثل المقام فالعموم أو الاطلاق انما يتضمن بيان أصل الحكم أى حصول الملكية بالاستيلاء و الحيازة و أما الاستمرار فهو يعلم من الدليل الخارجى فاذا ورد تخصيص على ذلك و دل دليل على عدم حصول الملكية بالحيازة و الاستيلاء كاللقطة و مجهول المالك و شككنا فى أن ذلك خارج عن تحت العام أو المطلق فى زمان خاص أو دائما فلا يمكن التمسك بالاطلاق أو العام اذ المفروض عدم الاطلاق أو العموم و أما الدليل الخارجى الدال على الاستمرار فهو لا يمكن أن يتعرض موضوعه بل هو ثابت متى ثبت موضوعه و فى المثال المذكور متى ثبتت ملكية فهى تستمر و أما مع عدم ثبوت الملكية فأى شئ تستمر و لا شبهة أن دليل الاستمرار يستحيل أن يتعرض لايجاد موضوعه فانه فى فرض وجود موضوعه يدل على

الاستمرار ولا يمكن أن يتعرض الحكم لموضوعه · فما ذكره المصنف صحيح في مثل ذلك وأما اذا كان الدليل الدال على الحكم بنفسه دالا على العموم أو الاطلاق اما بقيد أضيف الى الخطاب أو بمقدمات الحكمة فح لا شبهة في جواز التمسك بالاطلاق سواء كان الحكم ثابتا لمتعلقة على نحو العموم الاستغراقي أو العموم المجموعي وتوضيح ذلك أن الاستمرار تارة يفرض في الجعل من أنه مستمر أولا وأخرى في المجموع أما الاوّل بان الجعل يدل على الاستمرار ما لم يطرء النسخ أم لا فهو خارج عن المقام وأما الثاني فلا شبهة في جواز التمسك باطلاق المجعول أو بعمومه واثبات الحكم للافراد العرضية والطولية للعام لان الاهمال مستحيل في مقام الثبوت والمولى في مقام البيان وفي مقام الاثبات ولم يقيد كلامه بقيد فنكشف منه الاطلاق مثلا أن أوفوا بالعقود يدل على وجوب الوفاء بكل عقد فاذا فرضنا أن الملكية المنشأة لم تقيد بشئ في مقام الانشاء وهكذا الزوجية فنكشف من ذلك كونهما دائمية فان اطلاق المنشئه يدل على ثبوتهما وتحققهما في الافراد العرضية والطولية و لا يفرق في ذلك كون الحكم على نحو العام المجموعي كما اذا انشأ الملكية الواحدة بين المبدء والمنتهى وهذا هوالمعروف أوعلى نحو الاستغراق كما اذا كانت هنا في كل آن ملكية مستقلة منضمة بعضها مع بعض بحيث تستمر أفراد الملكية بحسب الانضمام لا أن هنا ملكية مستمرة بين المبدء والمنتهى وعليه فاذا اورد تقييد أو تخصيص بالنسبة الى فرد في زمان وشككنا في كونه دائما أو لا فالمورد مورد التمسك بعموم العام دون استصحاب حكم المخصص وهكذا الكلام اذا لم يكن هنا اطلاق بمقدمات الحكمة أو عموم ولكن يكون في الدليل دال آخر على الاستمرار كما اذا

قال المولى مثلا امضيت الزوجية المستمرة أو الملكية المستمرة فان الاستمرار يستفاد من القيد و من دال آخر فانه أيضا اذا شككنا فى مورد فى ارتفاع الحكم عن فرد بعد التخصيص الى الأبد أو موقتا فنتمسك بعموم العام أو باطلاق المطلق لان الحكم و الاستمرار كلاهما يستفاد من دليل واحد و ان كان الدال متعددا و تعدد الدال غير استفادة الاستمرار بدليل آخر المانع من التمسك بالعموم والافلا طلاق دائما يستفاد من مقدمات الحكمة فلو كان مجرّد تعدد الدال ولو فى دليل واحد مانعا عن التمسك بالاطلاق أو العموم لكان لازم ذلك عدم جواز التمسك بالاطلاق فى مورد أصلا فى الفرد المشكوك بعد التخصيص كما هو واضح .

و على الجملة حيث أن متعلق الاحكام الوضعية ليس هو الفعل ليتقدر بالزمان بل هو أمر موجود مستقل اجنبى عن الفعل فيلاحظ فيه الاستمرار و عدمه وعليه فان كان الاستمرار مستفادا من دليل خارجى بحيث يكون الاستمرار واردا على الحكم فلا يجوز التمسك بالعام فالمورد مورد الاستصحاب كما ذكره المصنف وان كان مستفادا من اطلاق الدّليل أو عمومه بحيث يكون المنشأ مطلقا بالنسبة الى الافراد كما عرفت فلاباس بالتمسك الى الاطلاق أو العموم الدال على اطلاق المنشأ وعمومه بالنسبة الى كل فرد عرضيا كان أو طوليا و ان كان ذلك الاطلاق مستفادا من مقدمات الحكمة .

و حاصل الكلام من الاول أن الحكم قد يكون متعلقا بفعل المكلف و قد لايتعلق بفعل المكلف بل يلاحظ منحاضا عنه و مستقلا فى نفسه ، أما الاوّل فكالاحكام التكليفية فانها متعلقة بافعال المكلفين فيكون متقدرا بالزمان فيلاحظ العموم أو الاطلاق فى نفس الحكم باعتبار متعلقه ولايفرق

فى ذلك بين أن يكون العموم استغراقيا كأن يكون الحكم ثابتا لكلّ فرد فرد من الفعل المتقدر بالزمان بحيث يكون لكل منها حكم مستقل أويكون العموم مجموعيا بحيث يلاحظ مجموع الافراد مجموعا و يجعل لها حكم واحد بحيث يكون كل فرد جزء للموضوع كقول المولى اكرم هؤلاء العشرة فان الحكم هنا ثابت للمجموع من حيث المجموع فاذا شككنا فى أن الخارج عن تحت هذا الحكم هو دائمى أو مقيد بيوم الجمعة فنتمسك بعموم العام و أيضا لا يفرق بين كون الحكم ايجابيّا أو تحريميّا و عليه فاذا ورد على الحكم تقييد أو تخصيص بالنسبة الى جزء فى العام المجموعى و بالنسبة الى فرد فى العام الاستغراقى و شككنا فى خروج فردآخر أوخروج الجزء دائما أو فى ساعة فيتمسك بعموم العام أو باطلاقه فرد المشكوك فليس المورد من مورد التمسك بالاستصحاب و الوجه فى ذلك أن الحكم فى جميع هذه الصور وارد على الزمان سواء كان الزمان قيدا للحكم أو ظرفا فعلى كل لا يجرى الاستصحاب أما اذا كان قيدا فلان الاستصحاب فيه من قبيل اسراء الحكم من موضوع الى موضوع آخر وأما اذا كان ظرفا فلان الاصول اللفظية لا يجرى مع الاصل اللفظى الحاكم عليها ٠

و أما اذا لم يكن الحكم متعلقا بالفعل كالاحكام الوضعية و ان كان ذلك حاصلا من فعل المكلّف فيلاحظ العموم أو الاطلاق بالنسبة الى نفس الحكم المجعول فيتمسك بالاطلاق أو العموم لورود الحكم فى ذلك أيضا على الزمان لأن الظاهر أن الحكم المجعول انما جعل مطلقافالملكية المجعولة أو الزوجية المجعولة انّما جعلتا مطلقتين سواء كان ملحوظا بعنوان الاستغراق كما اذا لوحظت هنا أحكام متعددة بحسب قطع الزمان بحيث يلاحظ هنا ملكية متعدّدة منضمة بعضها الى بعض أو

بعنوان المجموعی کما اذا لوحظت هنا ملکیة واحدة مستمرة بین المبدء و المنتهی فعلی کلّ حال جاز التمسک بالاطلاق أو العموم المحوظان ـ بالنسبة الی نفس الحکم الوضعی وعلیه فاذا خرج عن العام فرد واحدأو انقطعت الملکیة فی زمان خاص و شککنا فی خروج فرد آخر طولی عنه بحیث أن یکون الملکیة فی الآن الثانی أیضا خارجة عن العموم أوالاطلاق أو شککنا فی انقطاع الملکیة فی المجموعی الی الأبد أو فی جزءواحد من الزمان فنتمسک باطلاق الحکم المجعول أو بعمومه و الوجه فی ذلك ایضا هو ما ذکرناه من ورود الحکم علی الزمان دون العکس لما عرفت أن المجعول مطلق أوعام أما ما ذکره شیخنا الاستاذ من عدم تعرض الحکم الاستمراره و هو یجری فی الجعل فقط لا فی المجعول لعدم تعرض الجعل لاستمراره و أنه ینسخ أو لا و ان کان الجعل والمجعول من قبیل الایجاد و الوجود و لکن بینهما فرق من جهة و هی أن الجاعل یمکن أن یجعل الحکم عاما أو مطلقا و مع ذلك لایکون جعله مطلقا فلا أقل أنه بالنسبة الی النسخ فان الجعل لایتعرض ببقائه ولو من حیث نسخه ۰

هذا کله فیما اذا کان الاستمرار مفهما من نفس الحکم بحیث یکون الحکم واردا علی الاستمرار کما عرفت و أما اذا کان الاستمرار واردا علی الحکم و یکون مفهوما من دلیل خارجی کما اذا کان دلیل الحکم بالنسبة الی الاستمرار مهملا و غیر مقید بالاستمرار وعدمه ولکن استفدنا من الخارج کونه مستمرا فانه حینئذ یجوز التمسك بالاستصحاب بعد التخصیص فی بعض الصور مثلا اذا ورد أن من اسئولی علی شئ فهو له أومن حاز ملك ورد تخصیص علی ذلك من الاول بان قال الا الصبیی مثلا بأن اعتبر فی التملك بالاستیلاء أو الحیازة البلوغ و أن غیر البالغ لایملك بالحیازة و

حينئذ اذا شككنا فى أنه يملك بعد بلوغه ما حازه فى الصباوة أو لا فلابد من التّمسك باستصحاب حكم المخصص فان نفس الدليل الدّال على الحكم ليس له عموم أو اطلاق كما هو المفروض و أما الدليل الآخر الدال على الاستمرار انّما يدلّ على استمرار الحكم الثابت ولكن لا يمكن أن يتكفّل الدّليل الخارجى الدّال على اعتبار الاستمرار باثبات الحكم لان الحكم مأخوذ فى موضوع ما يدل على الاستمرار فالحكم أعنى الاستمرار لا يعقل أن يتكفّل بموضوعه كما هو واضح ٠ وعلى الجمله فاذاكان الاستمرار مستفادا من دليل خارجى وكان التخصيص واردا من الاوّل ثمّ شككنا فى كون الخارج دائما أو موقتا لا يمكن التمسك بالعام أو المطلق ولا يفرق فى ذلك أيضاً بين كون الحكم اشتغراقيا أو مجموعا و اما اذا كان التخصيص واردا من الوسط بان تحقق الحكم من الاول ثمّ ورد تخصيص فانه أيضا يكون المورد مورد التّمسك بالعام فان العام قد شمل جميع الافراد الطولية و العرضية قبل التخصيص و بعده فاذا خرج فرد واحد نتمسك فى الباقى بالعام ثمّ ان ما ذكرناه من الاول الى هنا فيمااذاكان ثبوت الحكم فى كل زمان و بقائه مدلولا للدليل سواء كان مدلولا بما دلّ على الحكم أو مدلولا لدليل خارجى و أما اذا كان ثبوته فى كل زمان مفهوما من الدليل التزاما لامطابقة بان دلّ الدليل على الاستمرار مطابقة و لازم الاستمرار هو ثبوت الحكم فى كل زمان فانه ح اذا انقطع الاستمرار بورود التخصيص عليه ينقطع الدلالة الالتزامية أيضا فلا يمكن ح التمسك بالعام فان مدلول العام كان هو الاستمرار فقد انقطع بالتخصيص فلايجوز بعد ذلك التمسك بالعام والظاهر أنه قد استوفينا جميع صورالتمسك بالعام وعدمه و أما تطبيق ذلك على المقام أعنى أوفوا بالعقود فنقول ان كان

المراد من أوفوا بالعقود ما ذكره المصنف من وجوب ترتيب الأثر على العقد فيكون مفاد العموم هو الحكم التكليفى اعنى وجوب ترتيب الأثر على العقد وعليه فيتمسك بعموم أوفوا حتى بعد الفسخ أيضافان الحكم التكليفى أعنى وجوب ترتيب الأثرعلى العقدحكم تكليفى استغراقى بحسب الافراد العرضية أى بالنسبة الى كلّ عقد و بالنسبة الى الافراد الطولية الملحوظة بحسب الآنات و الأزمنه فاذا خرج فرد واحد فيتمسك فى الباقى بعموم العام و هو واضح و أما بناء على ما ذكرناه فى معنى أوفوا بالعقود من كونه ارشادا الى الحكم الوضعى أعنى لزوم العقد و أنه لاينفسخ بالفسخ فالأمر أوضح فان الآية تدل على أن كلّ عقد فى كلّ زمان لازم لاينفسخ بالفسخ فاذا خرج فرد من الافراد الطولية يتمسك بالعموم كمايتمسك به فى الافراد الطولية . و مع التنزّل عن ذلك فيكفينا التمسك بقوله تعم لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل فان النهى عن الأكل باعتبارالافراد المتعدّد اعنى هذا الأكل و ذلك الأكل الذى عبارة عن التمسك فاذا خرج فرد و شككنا فى خروج فرد آخر أيضا فنتمسك بالعموم و هكذا قوله(ع)لا يحل مال امرء مسلم الّا بطيب نفسه فان ذلك يدل على تعدد الحكم حسب تعدد الزمان و أنه فى كل زمان و أن اخراج فرد واحد لا يمنع ذلك عن التمسك بالعموم .

و اذا شككنا فى أن المغبون هل له الخيار الى الابد أو لا فلابدّ من الاقتصار بالقدر المتيقن لأنه بالنسبة الى غيره نتمسك بالعموم فان ما يرفع لزوم العقد بالنسبة الى زمان خاص يتمكن المغبون فيه من الفسخ قطعى و فى غيره مشكوك فنتمسك بالعموم و على هذا فيصح توجيه كلام جامع المقاصد من الاقتصار فى الخيار للمغبون بالمتيقن و المرجوع فى

الزائد الى أصالة الزوم و ليس فى كلامه غبار أصلا ۰

و قد تحصل موارد استمرار حكم العام عن غير الاستمرار كما هو واضح ثمّ انه هل يتمسك بعموم العام فى مورد الشك بثبوت الخيار أو يستصحب حكم الخاص فذهب المحقق الثانى الى التمسك بعموم العام و خالفه شيخنا الاستاذ و المصنف فذهبا الى استصحاب حكم المخصص فيقع الكلام فى أنه هل يمكن الحكم بجريان الاستصحاب هنا مطلقا اولا سواء أمكن التّمسّك بعموم العام أم لا أو يفصل بين اذا كان مدركه الاجماع أو غيره كما ذهب اليه صاحب الرياض فنقول أما بناء على عدم جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكمية فواضح فلامورد للاستصحاب لا بتلائه دائما بالمعارضة و اما بناء على جريانه فيها فهل هنا خصوصية تمنع عن جريان الاستصحاب هنا أم لا الظاهر أن فى المقام خصوصية تقتضى عدم جريان الاستصحاب فيه و تفصيل ذلك أن مدرك خيار الغبن اما الشرط الضمنى أو قاعدة نفى الضرر أو الاجماع أما اذا كان مدركه الشرط الضمنى فلا شبهة فى عدم جريان الاستصحاب عند الشك فى ثبوته فى الآن الثانى و عدمه و ذلك لان هذا الخيار انّما جعل فى فرض التخلف على حسب الارتكاز و هذا الارتكاز انما هو موجود فى الآن الاول دون الآن الثانى المشكوك فاثبات الحكم فى الآن الثانى من باب القياس و من قبيل اسرا الحكم من موضوع الى موضوع آخر اذ لم يحرز موضوع الخيار فى الآن الثانى و بعبارة اخرى أن شرط الخيار على تقدير تخلف الشرط الضمنى ليس أمرا دائميّا و انّما هو فى وقت ثبت التخلف فيه و أما الفرد الآخر الذى لم يثبت التخلف فيه فاستصحاب الحكم فيه من باب القياس كما لا يخفى و هكذا الكلام اذا كان مدرك الخيار هو قاعدة نفى الضرر فان الخيار

انما یثبت بها من مقدار یرتفع به الضرر لا أنه أمر دائمی فاثبات الحکم اعنی الخیار فی ان آخر قیاس و بعبارة أخری أن الضرر انما توجه من دوام اللزوم فاذا ارتفع اللزوم فی آن ارتفع الضرر أیضا فاثبات الحکم لغیر المتضرر قیاس فان اللزوم فی الآن الثانی مثلا لیس بضرری أصلا والحاصل أنه علی تقدیر کون دلیل الخیار الشرط الضمنی أو قاعدة نفی الضرر فالخیار لیس بدائمی کما هو واضح و من هنا ظهر الحال اذا کان مدرک الحکم هو الاجماع و ذلك من جهة أن الاجماع دلیل لبیی فلابدّ من الأخذ بالمتیقن و هو المتضرر نعم لوکان الاجماع علی ثبوت الخیار للمغبون کان الاستصحاب جاریا فی الآن الثانی أیضا ولکن لا نحتمل ثبوت الاجماع التعبدی علی ذلك بل مدرکه أما قاعدة نفی الضرر أو الشرط الضمنی فعلی کلّ تقدیر فلا یمکن اثبات الحکم فی الآن المشکوك بالاستصحاب و بعبارة اخری أن الأمر دائر بین أن یکون معقد الاجماع هو المتضرر أو المغبون فحیث انه أمر لبییّ فلابدّ من اخذ المتیقن و هو المتضرر علی أنه لا نحتمل وجود الاجماع التعبدی علی ثبوت الخیار للمغبون فاذن لا یمکن اثبات الخیار للمشکوك أیضا .

و الحاصل أنه مع القول بجریان الاستصحاب فی الشّبهات الحکمیة فلا یجری الاستصحاب فی المقام لعدم بقاء موضوعه بل تغیّره کما عرفت فتحصل من جمیع ما ذکرناه أنه لا یمکن التمسك باستصحاب حکم الخاص و هو الخیار فلابدّ من الرجوع الی عموم العام و مع عدم جریانه فیرجع الی أصالة الفساد کما هو واضح فتحصل أن الخیار فوری خلافا لشیخنا الاستاذ و للمصنف من حیث المدرك لا المدعی کما لا یخفی .

ثم ان المراد بالفوریة هل هی الفوریة الحقیقیة و الآن الدقی العقلی

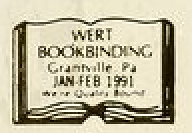
أى الزمان الذى يمكن فيه الفسخ ولوكان مقدارا يمكن فيه الاخذ بالخيار أو المراد من ذلك مالا ينافى بعض الافعال عادة مثل الصلوة والاكل والشرب والنوم ونحوذلك أو هى أمر عرفى لا أمر دقّى ولا أمر عادى الظاهر هو كذلك فان هذا الشرط كما ذكرنا ثابت بالارتكاز و هو قائم و موجود ما لم يتحقق التوانى عرفا و هذا لاينافى بالاشتغال ببعض الافعال من الصلوة والنوم اذا كان وقته و لعل ذلك يختلف باختلاف الاشخاص بل الأمكنة و نحوها كما هو واضح و بعبارة اخرى أن الحكم فى أصل الخيار فى أمده كل ذلك بالارتكاز فبالمقدار الذى يساعده الارتكاز يحكم بثبوت الخيار و الا فلا كما لا يخفى فافهم .

ثم ان هذا الخيار انما يثبت لمن التفت بالغبن فلو التفت بعد سنة أو سنتين فيحكم بثبوت الخيار له بعد ذلك على المقدار المتعارف من الفورية بحيث لا يكون ذى الخيار متوانيا و لا يقول من عليه الخيار فى أى مكان كنت فى طول هذا الزمان هذا تمام الكلام فى خيار الغبن.

يوم الاحد اول شهر ربيع الاول سنة ١٣٧٦
تم الجزء السادس من هذا الكتاب و
يتلوه الجزء السابع ان شاء الله
تعالى والحمد لله اولاً
و آخــــراً

٢٧٦٥


VETUS & NOVUM TESTAMENTUM
DEI SUB NUMINE VIGET
PRINCETON
UNIVERSITY
LIBRARY


WERT
BOOKBINDING
Grantville, Pa
JAN-FEB 1991

منشورات کتابفروشی وجدانی - قم - گذرخان :

۱- المباحث الفقهیه از (۱ - ۲۰) کتاب طهارت تا کتاب الایلاء- تألیف سید محمد جواد ذهنی طهرانی .

۲- فصول المنطق جلد ۱ - ۲ تألیف : سید محمد جواد ذهنی طهرانی

۳- توضیح المبانی (شرح مختصر المعانی) فارسی جلد اوّل تألیف : سید محمّد جواد ذهنی طهرانی

۴- الوصول الی کفایة الاصول لآیة ا ... الشیرازی ۱ - ۵ ج

۵- آلاء الرحمن للبلاغی - ۱ - ۲ ج

۶- عدّة الداعی للحلّی - ۱ ج

۷- کامل الزّیارة لابن قولویه - اج

۸- کفایة الأصول لآیة ا... الخراسانی مع حاشیة الشیخ علی قوچانی

۹- فرائد الاصول للشیخ مرتضی الانصاری

۱۰- السیوطی بضمیمة شرح ابن عقیل ۱ ج

۱۱- تفصیل النشأتین و تحصیل السعادتین للراغب الاصفهانی

۱۲- کلمات طریفه للفیض الکاشانی

۱۳- منتهی المطلب للعلامة الحلّی